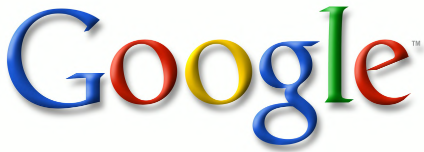
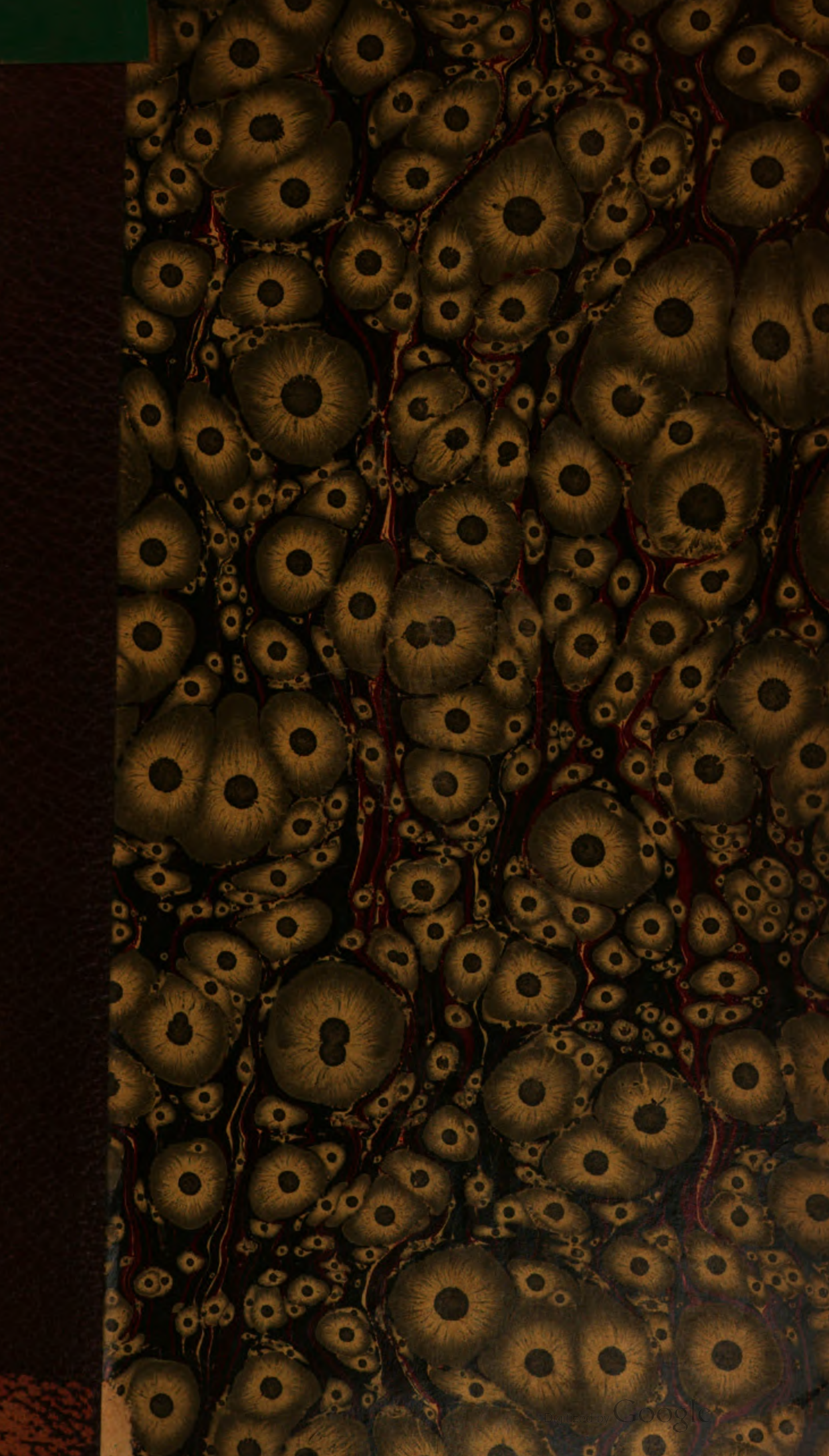






NEDERLANDSCHE
RECHTSPRAAK.

NEDERLANDSCHE

RECHTSPRAAK,

OF

VERZAMELING VAN ARRESTEN EN GEWIJSDEN VAN DEN HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN,

VERVOLGD DOOR

Mr. C. H. Q. VAN STRYEN,

Griffier bij den Hoogen Raad der Nederlanden.

HONDERD ZEVEN EN TACHTIGSTE DEEL.

JAARGANG 1901.
1e *Deel.*

TE 's-GRAVENHAGE, BIJ
DE GEBROEDERS VAN CLEEF.

1901.

Geen exemplaren worden voor echt erkend dan die welke zijn voorzien van de handteekening of stempel van den redacteur.

NEDERLANDSCHE
RECHTSPRAAK,

OF

VERZAMELING VAN ARRESTEN EN GEWIJSDEN VAN DEN HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN.

INHOUD VAN HET HONDERD ZEVEN EN TACHTIGSTE DEEL.

Bladz.

Bladz.

NEDERLANDSCHE
RECHTSPRAAK

OF

VERZAMELING

VAN

ARRESTEN EN GEWIJSDEN.

---

§ 1.

TESTAMENTAIRE BESCHIKKING. — UITKEERING. — ART. 38 R. O.

Eene testamentaire beschikking, waarbij aan iemand levenslang eene uitkeering van f 10.— per week wordt vermaakt, stelt voor den begiftigde slechts een speciaal recht daar, om iedere week, onder conditie dat de begiftigde leeft, f 10.— te vorderen, zonder dat eene dergelijke uitkeering geacht kan worden een gedeelte te vormen van eene grootere inschuld, omdat de vervulling dezer conditie niet alleen noodzakelijk is voor de opeischbaarheid, maar ook voor het ontstaan van elke schuldvordering van f 10.—.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Als eenig middel van cassatie is ten deze voorgesteld: „Schending en verkeerde toepassing van art. 38 der wet van 18 April 1827 (Stbl. no. 20) op de Rechterlijke Organisatie en het beleid der Justitie omdat, waar vaststaat, dat verweerster van eene bestaande inschuld, waarvan de hoegrootheid echter is onbepaald, haar geheele leven lang tien gulden kan opvorderen en

verweerster een deel dier inschuld van eischer in cassatie heeft opgevorderd, en waar mede vaststaat, dat eischer in cassatie in eersten aanleg den rechtstitel heeft betwist, de Rechtbank ten onrechte het beroepen art. 38 der wet op de Rechterlijke Organisatie in casu niet toepasselijk heeft verklaard door uit te maken, dat een uitkeering van tien gulden per week en levenslang, krachtens testamentaire beschikking, voor den begiftigde slechts daarstelt een speciaal recht om iedere week, onder conditie dat de begiftigde leeft, tien gulden te vorderen, doch niet te beschouwen is als deel eener inschuld, bedoeld bij voormeld art. 38 dier wet.

Bij het bestreden, in hooger beroep gewezen, vonnis is beslist: „dat het ingesteld hooger beroep is *niet-ontvankelijk* voor zoover dit, blijkens de akte van appel, ook is gericht tegen dat deel van het vonnis a quo, de vordering ten principale betreffende, omdat in casu bij introductieve dagvaarding slechts *f* 22.— werd gevorderd, en over een dergelijk bedrag de Kantonrechter in het hoogste ressort vonnist. Tegen *dat* gedeelte nu van het bestreden vonnis heeft, blijkens den inhoud van het middel, de eischer zich niet in cassatie voorzien, zoodat het bestreden vonnis, voor *dat* gedeelte, in kracht van gewijsde is gegaan. En daar het nu den eischer natuurlijk alleen te doen is, om zich zijne vordering van *f* 22.— te zien toegewezen, heeft hij bij het door hem voorgestelde cassatiemiddel geen belang, zoodat hier het adagium geldt: „*point d'intérêt, point d'action*.

Doch, ook al had de eischer bij het middel belang, zoo zou ik toch meenen dat het vonnis *juist* is gewezen.

Bij het middel komt de eischer daartegen op, dat het vonnis van den Kantonrechter, waarbij deze zich bevoegd verklaarde van de vordering kennis te nemen,

door de Rechtbank is bevestigd. In de 1e alinea van art. 38 R. O. wordt gezegd, dat de Kantonrechter kennis neemt van vorderingen, zonder hooger beroep, indien deze niet meer beloopen dan *f* 50.—, en behoudens hooger beroep, indien ze niet meer bedragen dan *f* 200.—. Welke die vorderingen zijn, wordt geleerd sub 1° en sub 2°: „1° Van alle louter personeele rechtsvorderingen; 2° Van alle rechtsvorderingen tot betaling van renten, huren en pachten, mitsgaders van interesten of gedeelten van inschulden, zelfs ingeval de rente, de huur, de pacht of de hoofdsom der inschuld meer dan *f* 200.— bedraagt, *mits de rechtstitel niet wordt betwist*. De vraag derhalve of *de rechtstitel wordt betwist*, komt alleen dan te pas, wanneer de in het aangehaalde gedeelte van art. 38 bedoelde vordering *meer dan f* 200.— bedraagt. Nu overweegt het bestreden vonnis: „dat in casu *niet* is gebleken, dat de in prima gevorderde wekelijksche uitkeeringen zouden zijn *gedeelten van eene grootere inschuld*. Heeft men nu hier te doen met eene *feitelijke* beslissing?

Oogenschijnlijk ja, maar *niet* wanneer men zich rekenschap geeft van het verband, waarin die bewoordingen met de onmiddellijk daarop volgende zinsnede der overweging staan, uit welk verband m. i. moet worden opgemaakt, dat de aangehaalde bewoordingen hare verklaring vinden in eene *rechtskundige* opvatting der Rechtbank. Immers de bedoelde overweging luidt verder aldus: „terwijl integendeel eene testamentaire beschikking, waarbij aan iemand levenslang eene uitkeering van *f* 10.— per week wordt vermaakt, voor den begiftigde slechts een speciaal recht daarstelt om iedere week, onder conditie dat de begiftigde leeft, *f* 10.— te vorderen, zonder dat eene dergelijke uitkeering geacht kan worden een gedeelte te vormen van eene grootere inschuld, omdat

de vervulling dezer conditie niet alleen noodzakelijk is voor de opeischbaarheid, maar ook voor het ontstaan van elke schuldvordering van ƒ 10.—. Intusschen wanneer deze opvatting der Rechtbank *juist* is, doet het er weinig toe of de bedoelde beslissing *feitelijk* is of niet, omdat dan, zij het ook alleen op *rechtskundige* gronden, moet worden aangenomen, dat er in casu *geenszins* zijn gevorderd gedeelten eener grootere inschuld, zoodat ook in *dat* geval de vraag of de rechtstitel al of niet betwist was, *hier* niet te pas komt.

Dat nu de rechtskundige opvatting der Rechtbank inderdaad de *juiste* is, houd ik voor weinig twijfelachtig. De bepaling toch in een testament, dat aan iemand *zijn leven lang* eene *wekelijksche* uitkeering wordt gemaakt, duidt m. i. onmiskenbaar aan, dat de den begiftigde gemaakte som slechts kan gevorderd worden *zoolang hij leeft*, dat hij niet meer vorderen kan dan telkens het hem voor *éene week* gemaakte bedrag, en dat hij eerst na den afloop der week, d. i. *bij het begin van elke nieuwe week* het hem voor de afgeloopen week toegekende bedrag mag vorderen, zoodat, gelijk de Rechtbank te recht overweegt, eerst van dat oogenblik de vordering niet slechts opeischbaar, maar *geboren* is.

Onnoodig zal het wel zijn hierbij nog op te merken, dat, wat in het middel wordt beweerd, als zou het *vaststaan*, dat hier sprake was van eene *inschuld* van een *onbepaald* bedrag, geheel voor rekening van den steller van dat middel kan worden gelaten.

Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling vanden eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 4 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, tot enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het den 22 Febr. 1900 door de Arr. Rechtbank te Amsterdam tusschen partijen gewezen vonnis als middel van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van art. 38 der wet van 18 April 1827 (Stbl. No. 20) op de R. O. en het beleid der Justitie, omdat, waar vaststaat, dat verweerderes van eene bestaande inschuld, waarvan de hoegrootheid echter is onbepaald, haar geheele leven lang *f* 10.— kan opvorderen en verweerderes een deel dier inschuld van eischer in cassatie heeft opgevorderd, en waar mede vaststaat, dat eischer in cassatie in eersten aanleg den rechtstitel heeft betwist, de Rechtbank ten onrechte het beroepen art. 38 der Wet op de R. O. ten deze niet toepasselijk heeft verklaard, door uit te maken, dat eene uitkeering van *f* 10.— per week en levenslang, krachtens testamentaire beschikking, voor den begiftigde slechts daarstelt een speciaal recht om iedere week, onder conditie dat de begiftigde leeft, *f* 10.— te vorderen, doch niet te beschouwen is als deel eener inschuld, bedoeld bij voormeld art. 38 dier wet;

O., dat de verweerderes bij den rechter van het eerste kanton te Amsterdam heeft gevorderd betaling van *f* 22.— voor 22 wekelijksche uitkeeringen, van 7 Maart tot 1 Aug. 1898, elke van *f* 1.—, op grond dat hare overleden zuster E. B. wede. van H. I. F., aan haar heeft gelegateerd eene wekelijksche uitkeering gedurende haar geheele leven van *f* 10.—, tot welke uitkeering de eischer verplicht is bij te dragen voor een tiende gedeelte;

dat de eischer heeft ontkend het bestaan van eenigen rechtstitel, uit hoofde waarvan hij iets hoegenaamd aan de verweerderes schuldig zou zijn en diensvolgens heeft voorgesteld de exceptie van onbevoegdheid des Kantonrechters, om van den eisch kennis te nemen;

dat de Kantonrechter bij zijn vonnis van 25 Nov. 1898 die exceptie verworpen en den eisch toegewezen heeft en de Rechtbank deze uitspraak bij het bestreden vonnis heeft bevestigd;

O., ten aanzien van het middel van cassatie:

dat de Rechtbank heeft overwogen, dat, volgens art. 38 der Wet op de R. O., de Kantonrechter bevoegd is kennis te nemen van alle personeele vorderingen niet meer bedragende dan f200.—, en wel indien de geheele schuld wordt gevorderd zonder eenige voorwaarde; dat daarentegen de voorwaarde „mits de rechtstitel niet wordt betwist", is voorgeschreven voor vorderingen tot betaling van gedeelten van inschulden, waarvan de hoofdsom meer dan f200 bedraagt; dat in casu niet is gebleken, dat de in prima gevorderde wekelijksche uitkeeringen zouden zijn gedeelten van eene grootere inschuld, terwijl integendeel eene testamentaire beschikking, waarbij aan iemand levenslang eene uitkeering van f10.— per week wordt vermaakt, voor den begiftigde slechts een speciaal recht daarstelt, om iedere week, onder conditie dat de begiftigde leeft, f10.— te vorderen, zonder dat eene dergelijke uitkeering geacht kan worden een gedeelte te vormen van eene grootere inschuld, omdat de vervulling dezer conditie niet alleen noodzakelijk is voor de opeischbaarheid, maar ook voor het ontstaan van elke schuldvordering van f10.—;

O., dat de Rechtbank de wekelijksche uitkeeringen

alzoo niet beschouwde als onderscheidene vorderingen met eene groote inschuld samenhangende, zooals interesten en renten, maar aannam, dat deze zijn op zich zelf staande, afzonderlijke vorderingen;

dat bij het middel van cassatie geen enkel artikel van het Burg. Wetb. is aangehaald, ter bestrijding van deze beslissing omtrent het burgerrechtelijk karakter der wekelijksche uitkeeringen, zoodat niet beoordeeld kunnen worden de gronden waarop door de bestreden uitspraak te kort gedaan zoude zijn aan de bepalingen van art. 38 der Wet op de R. O.;

O., dat nog bij het middel is gesteld, dat het zoude vaststaan, dat eischer in cassatie in eersten aanleg den rechtstitel heeft betwist;

dat dit echter het oordeel over de ongegrondheid van het middel niet kan wijzigen, omdat bij de rechtskundige beteekenis, die de Rechtbank aan de wekelijksche uitkeeringen gehecht heeft en waarbij het bestaan van renten, interesten of gedeelten van inschulden ontkend werd, de betwisting van den rechtstitel, voor wat betrof de bevoegdheid van den Kantonrechter, voor haar eene geheel onverschillige zaak was;

O., dat mitsdien het middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep in cassatie;

Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.

§ 2.

ART. 1917 B. W. — DAGTEEKENING EENER ONDERHANDSCHE AKTE VAN HUUR. — „DERDE'' TEGENOVER DE OVEREENKOMST VAN HUUR. — HUUR EN VERHUUR. — VERKOOP VAN HET VERHUURDE.

De kooper, die geen partij was bij de overeenkomst van huur, heeft deze alléén te eerbiedigen, indien

blijkt, dat zij aangegaan was vóór de overeenkomst van koop.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

Twee middelen zijn in deze zaak voorgesteld.

Bij het 1e wordt beweerd, dat geschonden of verkeerd toegepast zijn de artt. 1354, 1612, 1907, 1910, 1912, 1913, 1914, 1917 B. W., 176 en 177 Rv. — doordien bij het beklaagde arrest is overwogen, dat de kooper van een onroerend goed, als zijnde *Successor jure particulari* van den verkooper, ten opzichte van de partijen optredende in eene akte, waarbij den verkooper van onroerend goed dat heeft verhuurd, is derde.

De verweerder heeft op 15 Maart 1898 de onroerende goederen, waarvan in deze zaak kwestie is, gekocht, en, toen de eischer aan zijne sommatie tot ontruiming daarvan niet voldeed, een eisch tot revindicatie van die goederen tegen hem ingesteld. Tegen die vordering werd door den eischer aangevoerd, dat hij de gerevindiceerde goederen op rechtmatige wijze, krachtens huurrecht, onder zich hield en hij beriep zich ten bewijze daarvan op eene onderhandsche akte, gedagteekend 16 Juni 1896, maar eerst den 24 Mei 1899 geregistreerd, waaruit zou blijken, dat den 16 Juni 1896 in het den 11 Maart 1892 door hem met de verkoopster aangegane huurcontract wijzigingen zijn gebracht, o. a. in dier voege, dat hij huurder zou blijven zoolang hij de huurpenningen zou betalen. En nu is de beslissing van het Hof, die in het middel niet volledig is weer gegeven, dat eene onderhandsche akte ten aanzien van hare dagteekening tegenover de *Successores Universales* evenzeer bewijs oplevert als tegenover hen, die bij het ot stand komen der akte inderdaad handelend zijn

opgetreden, en met betrekking tot de onderwerpelijke huurakte hetzelfde rechtens zoude zijn tusschen den kooper van het gerevindiceerde goed als *Successor particularis* van den verkooper-verhuurder eenerzijds, en den huurder dier goederen anderzijds, mits deze laatste er in geslaagd ware aan de door hem ingeroepen onderhandsche akte eene zekere dagteekening vóór den 15 Maart 1898 te verschaffen; dat hij daarbij echter is beperkt tot een der wijzen in art. 1917 B. W. uitdrukkelijk opgenoemd, en nu hij geene daarvan inroept, meergemeld onderhandsch stuk hem tegenover dezen geintimeerde (verweerder in cassatie), die ten opzichte van de daarin optredende partijen is „derde" voor het beoogde doel niet kan dienen, omdat het krachtens wetsfictie tegenover den geintimeerde geene dagteekening heeft dan van den dag der registratie; en dat het beroep op art. 1612 B. W. den appellant niet kan baten, omdat de werking van dat artikel is ondergeschikt aan de vraag, of het bewijs der huur is geleverd.

Zou dat onjuist zijn? Ik geloof het niet.

De zin van art. 1612 B. W. is, dat door verkoop van het verhuurde, tenzij het tegendeel bedongen is, de rechten en de verplichtingen des verhuurders van rechtswege op den kooper overgaan, deze door de *aan den verkoop voorafgegane huurovereenkomsten* tegenover den huurder is verbonden, even alsof hij onder algemeenen titel aan den verkooper ware opgevolgd. Men zie de arresten van 5 November 1896 R. Dl. 170, § 20 en 21 Juni 1889 W. 5733. De kooper is dus niet de *ayant cause* van den verkooper met betrekking tot alle het verkochte goed rakende huurovereenkomsten, welke deze goedgevonden heeft op welk tijdstip dan ook aan te gaan, maar

slechts van die huurovereenkomsten, die de verkooper vóór den verkoop gesloten heeft. En wanneer dus deze huurder wil beweren, dat hij aan een tusschen hem en de verkoopster der gerevindiceerde goederen aangegane huurovereenkomst huurrechten tegen den kooper ontleent, dan moet hij aantoonen, dat de overeenkomst, waaraan hij die rechten wil ontleenen, vóór den verkoop gesloten is, en kan hij dat niet bewijzen door dit onderhandsch geschrift, omdat het juist van de beantwoording der vraag of de overeenkomst wel vóór den verkoop gesloten is, afhankelijk is of hij met betrekking tot die overeenkomst de *ayant cause* van den verkooper is, en alleen in dat geval de onderhandsche akte wat hare dagteekening betreft tegen hem van kracht is. De beslissing van het Hof is, naar het mij voorkomt, eene alleszins juiste toepassing van de artt. 1612 en 1917 B. W. en daarom acht ik het 1e middel onaannemelijk.

Bij het 2e middel wordt geklaagd over schending of verkeerde toepassing van de artt. 1349, 1354, 1356, 1583, 1584, 1612, 1902, 1903, 1917, 1964, 1966, en 1967 B. W., doordien het beklaagde arrest niet toelaatbaar acht den door den appellant (eischer in cassatie) opgedragen beslissenden eed: Ik zweer, dat mij, vóórdat ik op 15 Maart 1898 kooper van de door mij gerevindiceerde goederen ben geworden, niet door of namens Mej. W. aangezegd is geworden en mij door appellant is bevestigd, dat deze die goederen van de verkoopster Mej. W. gehuurd had met beding dat hij huurder zou blijven zoolang hij de pachtpenningen zou betalen.

De beslissing van het Hof steunt op drie gronden. In de eerste plaats daarop, dat de opgedragen eed kennelijk dienst moet doen om het gemis van *date*

certaine der onderhandsche akte te onderwerpen door middel eener zoo gewilde buitengerechtelijke erkentenis, maar dat zoodanige bewijsvoering door art. 1917 wordt gewraakt.

Dat is dunkt mij volkomen juist.

De eischer voert daartegen aan, dat art. 1917 van het Burg. Wetb. geenszins verbiedt de overeenkomst, die niet door eene onderhandsche akte als hebbende geene *date certaine,* tegenover een derde werd bewezen, door andere bewijsmiddelen te bewijzen, maar dat zegt het Hof ook niet, doch wel, dat de eedsopdracht de strekking heeft *de dagteekening* der onderhandsche akte te bewijzen door eene zoo gewilde buitengerechtelijke erkentenis, en die opvatting van het Hof is feitelijk en dus in cassatie onaantastbaar, terwijl de beslissing, dat eene bewijsvoering, als hier naar 's Hofs opvatting wordt voorgesteld, door art. 1917 gewraakt wordt, alleszins juist is.

Ik verwijs daaromtrent naar het aangehaalde in mijne aan het geciteerde arrest van 21 Juni 1889 voorafgegane conclusie.

In de 2e plaats geeft het Hof als reden van de niet toelaatbaarheid van den opgedragen eed, dat de omschrijving van het beweerdelijk aan den huurder toegekende recht, zooals die in den eed voorkomt, is veel te onbepaald, daar in het onzekere blijft, of de beweerde toezegging enkel den persoon van appellant dan wel ook diens rechtverkrijgenden geldt. Ook die opvatting van de beteekenis van den eed is feitelijk; en zeker kan het Hof de wet niet hebben geschonden door niet toelaatbaar te oordeelen een eed omtrent welks strekking twijfel bestaat. Maar al ware dat onjuist, al kon ook de eerste grond van 's Hofs afwijzing van deze eedsopdracht den toets aan de wet

niet doorstaan, 's Hofs beslissing zou volkomen zijn gerechtvaardigd door datgene, wat in de derde plaats daarvoor is aangevoerd: dat de eed melding maakt van twee afzonderlijke mededeelingen door de verhuurster en den huurder ieder voor zich aan den geïntimeerde zullende gedaan zijn, maar dat van eene overeenstemmende wilsverklaring tusschen verhuurster en huurder daarin geen sprake is. Want het valt toch niet te ontkennen, dat de verhuurster en de huurder niet jegens elkander kunnen verbonden zijn enkel doordien ieder van hen aan den nu verweerder is komen vertellen, dat zij jegens elkander verbonden zijn, zoo zij het in werkelijkheid niet zijn.

En is het de bedoeling van den eischer geweest door den eed een ander bewijsmiddel te verkrijgen, uit welke laatste dan door den rechter zou kunnen worden afgeleid, dat de huurovereenkomst is tot stand gekomen, dan is de opgedragen eed niet beslissend, omdat dan door het al of niet afleggen van den eed over het geschil of de huurovereenkomst werkelijk gesloten is niet zal zijn beslist.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 4 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het op 27 Febr. 1900 door het Gerechtshof te 's Hertogenbosch tusschen partijen gewezen arrest als eerste middel van cassatie is aangevoerd:

Sch. of verk. toep. der artt. 1354, 1612, 1907, 1910, 1912, 1913, 1914, 1917 B. W., 176 en 177 W. v. B. R., doordien bij het beklaagde arrest is overwogen, dat de kooper van een onroerend goed, als zijnde successor jure particulari van den verkooper, ten opzichte van de partijen optredende in eene akte, waarbij de verkooper van dat onroerend goed dat heeft verhuurd, is derde;

O., dat vaststaat, dat de verweerder in cassatie op 15 Maart 1898 een huis en tuin gelegen te Noorbeek van M. C. H. W. heeft gekocht;

dat hij (verweerder) van den eischer in cassatie, na vruchtelooze sommatie tot ontruiming, dat goed heeft gerevindiceerd;

dat tegen deze vordering door den eischer is aangevoerd, dat hij huis en tuin rechtmatig onder zich hield krachtens overeenkomst van huur, door hem aangegaan met de vroegere eigenaresse;

dat hij ten bewijze daarvan zich heeft beroepen op eene onderhandsche akte van 16 Juni 1896, geregistreerd den 24 Mei 1899, waaruit o. m. zoude blijken, dat hij, eischer, als huurder werd aangenomen zoolang hij de pachtpenningen zoude betalen;

dat de Arrondissements-Rechtbank te Maastricht den eisch tot revindicatie bij vonnis van 25 Juli 1899 toegewezen en het Gerechtshof te 's Hertogenbosch bij bovengenoemd arrest, deze uitsraak bevestigd heeft;

O. ten aanzien van het eerste middel:

dat hierbij niet geheel juist 's-Hofs beslissing wordt teruggegeven; dat toch het Hof niet, zooals daar gesteld is, heeft beslist, dat de kooper van een onroerend goed, als zijnde successor jure particulari van den verkooper, ten opzichte van de partijen optredende

in eene akte, waarbij de verkooper van dat onroerend goed dat heeft verhuurd, derde is;

dat het Hof echter heeft overwogen: „dat èn naar „algemeene rechtsbeginselen èn naar het bijna eenpa„rig gevoelen der rechtsdoctoren, onder „derden" in „art. 1917 B. W. niet behooren te worden begrepen „de erfgenamen, de rechtverkrijgenden onder alge„meenen titel en de rechtsvertegenwoordigers (succes„sores universales) der onderteekenaars, tegenover „welke personen eene onderhandsche akte ten aanzien „van hare dagteekening evenzeer bewijs oplevert als „tegenover hen die bij het tot stand komen der akte „inderdaad handelend zijn opgetreden;

„dat, naar 's Hofs oordeel, met betrekking tot de „onderwerpelijke huurakte datzelfde rechtens zou zijn „tusschen den geïntimeerde (nu verweerder), kooper „van het gerevindiceerde onroerend goed, als successor „jure particulari van den verkooper-verhuurder „eenerzijds en den appellant (nu eischer) als huurder „dier goederen anderzijds, mits deze laatste er in ge„slaagd ware aan de door hem ingeroepen onder„handsche akte eene zekere dagteekening vóór „den 15 Maart 1898 te verschaffen..........; „dat het beroep op art. 1612 B. W. niet kan ba„ten, omdat de werking van dat artikel is onderge„schikt aan de vraag of het bewijs der huur is gele„verd, welke vraag voor dit geding is opgelost in ont„kennenden zin";

O., dat door deze beslissingen art. 1917, art. 1612 B. W. en ook de andere artikelen in het middel genoemd, niet geschonden of verkeerd toegepast zijn;

dat toch art. 1612 B. W. bepaalt, dat door verkoop van het verhuurde eene te voren aangegane huur niet wordt verbroken, en hieruit volgt, dat de kooper, die

geen partij was bij de overeenkomst van huur, deze alleen heeft te eerbiedigen indien blijkt, dat zij aangegaan was vóór de overeenkomst van koop;

dat voor den verweerder, die tegenover de overeenkomst van huur tusschen zijn auteur en den eischer, zooals gezegd is, derde was, het bestaan van de overeenkomst van huur alleen dan moest vaststaan, indien bleek, dat de onderhandsche akte van huur, waarop de eischer zich tegenover hem beroepen heeft, bestond vóór 15 Maart 1898;

dat echter nu de onderhandsche akte van huur eerst ná het sluiten van den koop, n. l. op 24 Mei 1899 geregistreerd is, en geen beroep gedaan is op eenige andere wijze, die volgens art. 1917 B. W. de dagteekening van de onderhandsche akte zou hebben kunnen verzekeren, te recht is beslist, dat de huurder zich tegenover den kooper op die onderhandsche akte niet kan beroepen;

O., dat als tweede middel van cassatie is voorgesteld:

Sch. of verk. toep. van de artt. 1349, 1354, 1356, 1583, 1584, 1612, 1902, 1903, 1917, 1964, 1966, 1967 B. W., doordien het beklaagde arrest den door den appellant, eischer in cassatie, opgedragen beslissenden eed, luidende: „Ik zweer, dat mij, vóórdat ik op 15 maart „1898 kooper van de door mij gerevindiceerde goederen „ben geworden, niet door of namens Mej. W. aangezegd „is geworden en mij door appellant is bevestigd, dat „deze die goederen van de verkoopster Mej. W. gehuurd „had met beding, dat hij huurder zou blijven, zoolang „hij de pachtpenningen zou betalen. „Zoo waarlijk „helpe mij God Almachtig!", niet toelaatbaar acht;

O. ten opzichte van dit middel, ter adstructie waarvan zeer uitvoerig meerdere grieven tegen het aangevallen arrest aangevoerd zijn, dat het Hof den op-

gedragen eed niet toelaatbaar geacht heeft o. a. op grond, dat deze wel melding maakt van twee afzonderlijke mededeelingen door de verhuurster en den huurder ieder voor zich aan den geïntineerde (nu eischer) zullende gedaan zijn, maar dat van eene overeenstemmende wilsverklaring tusschen verhuurster en huurder daarin geen sprake is;

O., dat nu het Hof feitelijk beslist heeft, dat de opgedragen eed zoodanig is gesteld, dat hij niet kan leiden tot het bewijs van de overeenkomst van huur, alle onderzoek omtrent de overige gronden van het Hof voor de niet toelaatbaar-verklaring van den eed overbodig is en door die verklaring geen der in het middel genoemde artikelen tot cassatie kunnen leiden;

O., dat mitsdien de beide voorgestelde middelen van cassatie zijn ongegrond;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt den eischer in de kosten van cassatie.

§ 3.

UITLEGGING DER DAGVAARDING.

Eene dagvaarding, waaruit de gedaagde niet kan weten, op welken grond eene tegen hem ingestelde vordering berust, in welken zin de dagvaarding in dit geding is uitgelegd op gronden, die in cassatie onaantastbaar zijn, voldoet niet aan de vereischten van art. 5 *n°.* 3 *B. R.*

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Er zijn ten deze *drie* middelen van cassatie aangevoerd, waarvan het 1e luidt: „Schending en verkeerde toepassing van de artt. 90, 92, 59, 5, 3°, 159 Burg. Rechtsv. j° 1731 en 1403 Burg. Wetb.:

a. omdat het vonnis de nietigheid der dagvaarding

uitspreekt op grond van onduidelijkheid van de middelen van eisch, zijnde niet duidelijk wat de rechtsband tusschen partijen is, terwijl de Rechtbank toch tevens erkent, dat in de dagvaarding gesteld zijn *twee tegelijkertijd bestaande rechtsbanden* nl. 1° de aansprakelijkheid van den Staat wegens het onrechtmatig dooden door iemand (G.) als veldwachter, 2° de aansprakelijkheid van den Staat wegens het onrechtmatig dooden door denzelfden persoon, terwijl hij als bewaarder van den Staat de honden moest *bewaren* en niet laten dooden, dus in strijd met zijn plicht als bewaarder;

b. omdat de Rechtbank — in plaats van deze twee rechtsgronden, berustende op hetzelfde samenstel van feiten, te begrijpen als de dagvaarding dit voorstelt, cumuleerend leidend tot dezelfde conclusies van den eischer op rechtskundige gronden uitmaakt, dat de aanprakelijkheid (boven onder 1° genoemd) niet bestaat en daarna den anderen rechtsband met den eerstgestelde en verworpene in strijd acht en daarom de dagvaarding, als onduidelijk, nietig verklaart, terwijl beide rechtsbanden rechtskundig en feitelijk samengingen en terwijl de onder 2° gestelde rechtsband des te meer klemde waar de Rechtbank oordeelt, dat van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen sprake was."

Dit middel kan m. i. in geen geval tot cassatie leiden, omdat daarbij wordt opgekomen tegen de *uitlegging der dagvaarding*, die, naar de vaststaande rechtspraak van den Hoogen Raad, altijd *feitelijk* is en dus door den cassatierechter steeds moet worden geëerbiedigd. Voor zooveel noodig zij dienaangaande verwezen o. a. naar de arresten van 25 Maart 1887 (N.Rspr. 145, § 54), 3 April 1890 (Ibid. 154, § 44) en 9 Maart 1899 (Ibid. 181, § 37). En dat de Recht-

bank werkelijk in het bestreden vonnis de dagvaarding heeft uitgelegd en op grond van deze uitlegging haar heeft nietig verklaard, blijkt uit de voorlaatste en de laatste overweging van het bestreden vonnis: „O.", zoo lezen wij daarin, „dat alzoo de gedaagde, evenmin als de rechter, uit de gestelde feiten kan weten, welke de beweerde rechtsband tusschen partijen was; O., dat alzoo *uit de dagvaarding* niet duidelijk is, welke de middelen van eisch zijn, de dagvaarding is nietig en mitsdien het vonnis a quo, voor zooverre daarvan is geappelleerd, moet worden vernietigd".

Daar het 3e middel, evenals het 1e eene beoordeeling der dagvaarding bevattende, met dit 1e middel in nauw verband staat, zal ik dit vóór het 2e behandelen.

Dit 3e middel dan heet: „Schending van verkeerde toepassing van de artt. 76, 59, 90, 92, 48, 5 n°. 3 en 159 Burg. Rechtsv., omdat onder de gronden in de introductieve dagvaarding nog bovendien (litt. *a*, *b* en *c*) staat geschreven, als berustende op de geponeerde feiten: aansprakelijkheid van den Staat voor onrechtmatig verlies van beslagen goederen uit het beslag zelf en nu (evenmin als over grond *d*) eene beslissing is genomen bij het vonnis, doch dit deel der dagvaarding en deze gronden (waarbij over de feiten, waarop zij rusten, geen onduidelijkheid kon bestaan) met stilzwijgen en onbeslist door het vonnis worden voorbijgegaan".

Had de Rechtbank in haar vonnis aan de dagvaarding *geen* uitlegging gegeven, dan had misschien met eenigen grond kunnen zijn beweerd, dat zij op een deel der dagvaarding geen recht had gedaan. Nu evenwel, gelijk bij de bespreking van het 1e middel is gezegd, de Rechtbank de dagvaarding *wèl* heeft uitgelegd, moet worden aangenomen, dat zij aan de dag-

vaarding *in haar geheel* de vereischte aandacht geschonken heeft en dat stuk *in zijn geheel* als onduidelijk heeft aangemerkt. De Rechtbank toch verklaart, dat uit *de* dagvaarding niet duidelijk is welke de middelen van eisch zijn, d. i. dus uit de dagvaarding *in haar geheel.*

Eindelijk het 2e middel, omschreven als volgt: „Schending en verkeerde toepassing van:

A. art. 1401 Burg. Wetb. jo. art. 76 Burg. Rechtsv., omdat het vonnis aanneemt, dat de Staat niet (als elk zedelijk lichaam) voor de onrechtmatige daden van (onbevoegdelijk) publiek gezag door organen van Staatsgezag, buiten hun publiekrechtelijken werkkring, aansprakelijk zou zijn;

B. art. 1403 Burg. Wetboek jo. art. 76 Burg. Rechtsv., omdat, volgens het vonnis, de Staat niet aansprakelijk zoude zijn voor de onrechtmatige daden van personen, door den Staat als ambtenaren aangesteld, indien die personen tegenover zaken, waarover zij publiek gezag uitoefenen, door misbruikmaking van dat gezag, zonder dat gelegenheid bestaat zich daartegen te verzetten en zonder dat men van dat misbruik van gezag kan zijn in kennis gesteld, de onrechtmatige daad pleegden".

Wat bij dit middel tegen de beschouwingen in het bestreden vonnis wordt aangevoerd, kan evenmin grond geven tot cassatie, omdat die beschouwingen in geen verband staan tot het *dictum* en daarop alzoo geen invloed hebben uitgeoefend. Doch al ware het anders, dan nog zouden er m. i. voor cassatie allerminst termen bestaan. Immers wat het beweerde sub A betreft, zoo zegt het bestreden vonnis: „dat hieruit [nl. de feiten, waarop de eischer zijne vordering grondt] voortvloeit, dat de eischer niet weerspreekt, maar zelfs een beroep doet op de feiten, die,

volgens den bewaarder G., de gestelde onrechtmatige daad, het dooden en te loor doen gaan van de in beslag genomen honden en muilbanden, hadden veroorzaakt, dat die daad namelijk door hem *als politiebeambte* is gepleegd, op last van zijn chef, het hoofd der politie te 's-Gravenhage", waaruit de Rechtbank dan besluit: „dat deze feiten medebrengen, dat de Staat niet aansprakelijk is voor het gegeven bevel en de door de politie gepleegde beweerde onrechtmatige daad". Deze beschouwing nu komt mij voor geheel in overeenstemming te zijn met 's Hoogen Raads rechtspraak, gelijk die laatstelijk nog is gebleken uit het arrest van 21 April 1898 (N.Rspr. 178, § 71), waarbij werd uitgemaakt: „dat de al of niet rechtmatigheid van zoodanige daad van het openbaar gezag, als in deze heeft plaats gehad, uitsluitend aan het publiek recht kan worden getoetst, en niet kan worden beoordeeld naar de bepalingen van het burgerlijk recht, als regelende de rechten en verplichtingen van bijzondere personen, zoodat in deze door de beslissingen der Rechtbank art. 1401 j°. art. 625 B. W. niet zijn geschonden". Ook vergelijke men nog 's Hoogen Raads arrest van 29 Mei 1896 (Ibid. 173, § 14). En wat verder aangaat hetgeen sub B wordt gesteld, zoo zij opgemerkt, dat dit in elk geval afstuit op de *feitelijke* beslissing der Rechtbank: „dat, al moge, volgens deze posita, G. door den Staat, als zedelijk lichaam, civielrechtelijk zijn aangesteld geweest als bewaarder der honden, *hij die honden heeft ontvangen van de politie*, en hij, als politiebeambte, toen zijn chef hem gelastte die van de politie ontvangen honden te dooden, niet handelde als bewaarder en de daad dus in werkelijkheid werd gepleegd door het hoofd van de politie te 's Gravenhage".

Dewijl alzoo de drie middelen zijn ongegrond, heb

ik de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest van 4 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Gehoord den eischer in cassatie;

Gelet op het tegen den verweerder in cassatie verleend verstek;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie tot enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het den 31 Jan. 1900 tusschen partijen gewezen vonnis der Arr. Rechtbank te 's Gravenhage de volgende drie middelen van cassatie zijn voorgesteld:

I. Schending en verkeerde toepassing der artt. 90, 92, 59, 5 n°. 3, 159 W. v. B. R., in verband met de artt. 1731 en 1403 B. W.,

a. omdat het vonnis de nietigheid der dagvaarding uitspreekt op grond van onduidelijkheid van de middelen van eisch, zijnde niet duidelijk wat de Rechtsband tusschen partijen is, terwijl de Rechtbank toch tevens erkent, dat in de dagvaarding gesteld zijn *twee tegelijkertijd bestaande rechtsbanden*, n.l. 1°. de aansprakelijkheid van den Staat wegens het onrechtmatig dooden door iemand (G.) als veldwachter, 2°. de aansprakelijkheid van den Staat wegens het onrechtmatig dooden door denzelfden persoon, terwijl hij als bewaarder van den Staat de honden moest *bewaren* en niet laten dooden, dus in strijd met zijn plicht als bewaarder;

b. omdat de Rechtbank — in plaats van deze twee rechtsgronden, berustende op hetzelfde samenstel van feiten, te begrijpen, als de dagvaarding dit voorstelt,

cumuleerend leidend tot dezelfde conclusies van den eischer — op rechtskundige gronden uitmaakt, dat de aansprakelijkheid (boven onder 1o. genoemd) niet bestaat en daarna den anderen rechtsband met den eerstgestelde en verworpene in strijd acht en daarom de dagvaarding als onduidelijk nietig verklaart, terwijl beide rechtsbanden rechtskundig en feitelijk samengingen en terwijl de onder 2o. gestelde rechtsband des te meer klemde, waar de Rechtbank oordeelt, dat van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen sprake was;

II. Schending en verkeerde toepassing van:

A. art. 1401 B. W. in verband met art. 76 W. v. B. R., omdat het vonnis aanneemt, dat de Staat niet (als elk zedelijk lichaam) voor de onrechtmatige daden van (onbevoegdelijk) publiek gezag door organen van Staatsgezag buiten hun publiekrechtelijken werkkring aansprakelijk zou zijn;

B. art. 1403 B. W., in verband met art. 76 W. v. B. R., omdat volgens het vonnis de Staat niet aansprakelijk zoude zijn voor de onrechtmatige daden van personen door den Staat als ambtenaren aangesteld, indien die personen tegenover zaken, waarover zij publiek gezag uitoefenen, door misbruikmaking van dat gezag, zonder dat gelegenheid bestaat zich daartegen te verzetten en zonder dat men van dat misbruik van gezag kan zijn in kennis gesteld, de onrechtmatige daad pleegden;

III. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 76, 59, 90, 92, 48, 5 no 3 en 159 W. v. B. R., omdat onder de gronden in de introductieve dagvaarding nog bovendien (litt. *a*, *b* en *c*) staat geschreven, als berustende op de geponeerde feiten: aansprakelijkheid van den Staat, voor onrechtmatig verlies van beslagen goederen uit het beslag zelf en nu (even-

min als over grond *d*) eene beslissing is genomen bij het vonnis, doch dit deel der dagvaarding en deze gronden (waarbij over de feiten, waarop zij rusten, geen onduidelijkheid kan bestaan) met stilzwijgen en onbeslist door het vonnis worden voorbijgegaan;

O., dat bij het bestreden vonnis in hooger beroep is vernietigd een tusschen partijen gewezen vonnis van den Kantonrechter te 's Gravenhage van 7 Juni 1899, voor zoover daarvan was geappelleerd, mitsdien voor zoover de eischer in de proceskosten was veroordeeld en niet ontvankelijk verklaard, terwijl voorts bij het bestreden vonnis de introductieve dagvaarding, voor zoover betreft de in hooger beroep aanhangig gemaakte vordering, is nietig verklaard, omdat uit de dagvaarding niet duidelijk is, welke de middelen van eisch zijn;

dat blijkens het vonnis de eisch zakelijk is gegrond op de volgende feiten:

1°. dat twee aan eischers minderjarigen zoon, voor wien hij optreedt, toebehoorende honden, met de muilbanden in beslag genomen wegens overtreding der wet van 5 Juni 1875 (Stbl. N°. 110), ter uitvoering dier wet zijn in handen gesteld van zekeren G., die door den Staat wordt gebruikt als bewaarder van in beslag genomen honden; dat G. die honden, die evenmin als de muilbanden zijn verbeurd verklaard, en waarvan de eischer alzoo het eigendomsrecht niet heeft verloren, heeft doen dooden; dat de bewaarder G. door deze daad eischers eigendomsrecht heeft gekrenkt en de Staat als bewaarder daarvoor civielrechtelijk aansprakelijk is;

2°. dat G. ook is gemeenteveldwachter en de honden heeft gedood op last van den hoofdcommissaris van politie of den Burgemeester van 's Gravenhage;

dat de Staat aansprakelijk is volgens art. 1403 B. W. voor ambtenaars-werkzaamheid en volgens art. 1401 B. W., voor zoover de handeling als handeling van den Staat is te beschouwen;

O., dat de Rechtbank een en ander zóó heeft opgevat, dat de eisch werd gegrond tegelijk daarop „dat G., was bewaarder namens den Staat en tegen zijn plicht als bewaarder handelde en daarop, dat hij *niet* handelde als bewaarder, maar dat de daad in werkelijkheid werd gepleegd door het hoofd van de politie te 's Gravenhage;

dat de Rechtbank heeft geoordeeld, dat deze twee feiten met elkander in tegenspraak zijn, juist waar het geldt de aansprakelijkheid van den verweerder, zoodat evenmin deze als de rechter kan weten, welke de beweerde rechtsband tusschen partijen is;

Ten aanzien der cassatiemiddelen:

O., dat de bepaling van art. 5 n°. 3 W. v. B. R., die volgens art. 92 van dat Wetboek op straffe van nietigheid moet worden in acht genomen, voorschrijft, dat de dagvaarding moet behelzen de middelen van den eisch;

dat eene dagvaarding, waaruit een gedaagde niet kan weten, op welken grond eene tegen hem ingestelde vordering berust, niet aan dat voorschrift voldoet;

dat de Rechtbank tot haar oordeel, dat dit ten deze het geval is, is geleid door de uitlegging der dagvaarding, die in cassatie onaantastbaar is;

dat overigens de stelling van het eerste middel hierop nederkomt, dat bij dagvaarding zijn gesteld twee tegelijkertijd bestaande rechtsbanden, die feitelijk samengaan en „cumuleerend" leiden tot dezelfde conclusiën;

dat evenwel naar de boven gemelde beslissing der Rechtbank vaststaat, dat die gronden niet feitelijk samengaan, zoodat zij dan ook niet „cumuleerend" ouden kunnen leiden tot dezelfde conclusiën;

O., dat het tweede middel is gericht tegen de 9 rechtsoverweging, waarin de Rechtbank den Staat niet aansprakelijk heeft verklaard voor de daad van het hoofd der politie der gemeente 's Gravenhage, maar dat deze beslissing in geen verband staat met het dictum van het vonnis en het middel alzoo niet tot cassatie kan leiden;

O., dat dit evenmin het geval is met het derde middel, omdat, waar de geheele dagvaarding is nietig verklaard, op een deel daarvan geen recht kon worden gedaan;

Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in zijne hoedanigheid in de kosten daarop gevallen.

§ 4.

ALGEMEENE POLITIEVERORDENING VAN DE GEMEENTE ARKEL. — OVERDRACHT AAN DEN BURGEMEESTER VAN AAN DEN RAAD OPGEDRAGEN REGELING. — ONVERBINDBAARHEID VAN ART. 12 EN VAN ART. 11 DIER VERORDENING.

Uitlegging en toepassing van de artt. 10 *en* 11 *der algemeene politieverordening van de gemeente Arkel.*

Art. 12 *dier verordening, den Burgemeester de bevoegdheid toekennende om voor een of meer der in art.* 10 *bedoelde inrichtingen tijdelijk of doorloopend een anderen dan den in de artt.* 10 *en* 11 *voorgeschreven tijd van sluiting te bepalen, mist, als in strijd met de artt.* 134 *en* 135 *der Gemeentewet, bindende kracht.*

Voor art. 11 *geldt hetzelfde wegens zijn onafscheidelijk verband met art.* 12.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Door de requiranten is tot staving hunner voor-

ziening tijdig eene memorie ingediend, die, gelijk reeds door den heer Raadsheer-Rapporteur is opgemerkt, niet door duidelijkheid uitmunt, doch het bewijs levert, dat de steller daarvan niet vertrouwd is met de behandeling van cassatie-zaken. Hoewel vooropgesteld wordt, dat die memorie dient, om de middelen van cassatie aan den Hoogen Raad voor te dragen, wordt daarin geen enkel middel behoorlijk geformuleerd, doch moet veeleer gelet worden op hetgeen de requiranten vermoedelijk hebben willen te kennen geven, dan op hetgeen zij in woorden hebben uitgedrukt.

Voor zoover ik heb kunnen nagaan, bedoelen zij de volgende middelen aan uw oordeel te onderwerpen :

I. Dat, om het in de dagvaarding omschreven feit strafbaar te doen zijn, in de dagvaarding had moeten vermeld worden, dat de Burgemeester in het onderhavige geval geen vergunning had gegeven tot het, tot een later uur dan in de verordening is aangegeven, openhouden der tapperij. waarin zij ná bezetten tijd zijn aangetroffen.

Zij schijnen de meening te zijn toegedaan, dat de omstandigheid, dat in casu geene wijziging is gebracht in het, bij de verordening als regel vastgestelde sluitingsuur, is een bestanddeel van de hun ten laste gelegde overtreding en dat mitsdien dit bestanddeel in de dagvaarding vermeld en ter terechtzitting bewezen had moeten worden.

Ik acht die meening onjuist.

Bij de in casu door den rechter toegepaste artikelen 11 en 10 der Algemeene Politieverordening voor de gemeente Arkel d.d. 17 October 1891 is geene sprake van eenige uitzondering of van eenige dispensatie, doch wordt als *algemeene regel* gesteld, dat de

tapperijen en soortgelijke inrichtingen tusschen half tien uur des avonds en vijf uur in den morgen door het publiek ontruimd en gesloten moeten zijn.

Wel wordt bij een ander artikel, en wel bij art. 12 derzellde verordening bepaald, dat de Burgemeester bevoegd is, een ander uur van sluiting te bepalen en dat, indien hij van deze bevoegdheid gebruik maakt, het door hem bepaalde uur in de plaats treedt van dat bij de artt. 10 en 11 bedoeld, doch uit de omstandigheid, dat een en ander bij een speciaal artikel is geregeld en dat tegen de overtreding dezer bepaling bij art. 14 afzonderlijk en zwaarder straf is bedreigd, dan tegen de overtreding van artikel 11 volgt m.i. dat hier de rede niet is van een bestanddeel der overtreding, omschreven bij art. 11, maar van een door den wetgever als uitzondering gedacht geval, dat als een „fait d'excuse" door hem, die er zich op beroept bewezen, althans aannemelijk moet worden gemaakt.

Gelijk in het vonnis van den Kantonrechter uitdrukkelijk overwogen wordt hebben de requiranten echter het bestaan van zoodanig fait d'excuse noch gesteld, noch bewezen.

Acht ik het middel dus onaannemelijk, niet beter is het gesteld met hetgeen ik vermoed, dat requiranten als IIe middel hebben willen stellen;

dat namelijk artikel 11 niet had mogen toegepast worden, omdat de bezoekers niet door den kastelein zijn gewaarschuwd, toen het uur van sluiting naakte.

Dit verweer is reeds door den Kantonrechter bij diens vonnis weerlegd door de overweging, dat de verordening de strafbaarheid van de overtreding door de bezoekers van het bij artikel 11 aan hen gegeven verbod, niet afhankelijk stelt van de naleving door de

kasteleins van het hun bij artikel 10 gegeven gebod.

Het III^de^ middel bedoelt: schending van artikel 146 Wetboek van Strafvordering, doordat de Kantonrechter niet voldaan zou hebben aan een verzoek van requiranten, om nog meerdere getuigen te hooren.

Ter weerlegging van dit middel zal het voldoende zijn op te merken, dat de wet bij het betrokken artikel wèl aan den rechter de bevoegdheid verleent, om op verzoek van den beklaagde, waar hij dit nuttig mocht oordeelen, te bevelen, dat nog andere dan door het Openbaar Ministerie gedaagde getuigen zullen worden opgeroepen, doch dat het artikel den rechter niet verplicht tot het geven van zoodanig bevel; — van schending van artikel 146 Strafv. kan dus in deze de rede niet zijn.

Bij het IV^de^ middel wordt gesteld, dat zoo al niet aangenomen behoort te worden, dat de bij artikel 12 der verordening aan den Burgemeester gegeven bevoegdheid tot wijziging van het sluitingsuur de geheele verordening onverbindend maakt, dan toch volgens eene *verouderde*, (bedoeld zal wel zijn oude) gewoonte het sluitingsuur te Arkel nimmer vóór tien uur des avonds een aanvang neemt. Met eene verwijzing naar art. 3 der Algemeene Bepalingen van wetgeving is zeker aan dit middel voldoende eer bewezen, terwijl wat de onverbindbaarheid der verordening betreft, ik meen te kunnen volstaan met de reeds straks gemaakte opmerking, dat artikel 12 een volkomen zelfstandig voorschrift behelst, dat in casu geen toepassing heeft gevonden, zoodat er voor uwen Raad geen aanleiding bestaat, thans in een onderzoek te treden naar de bestaanbaarheid van dat artikel.

Het V^e^ en laatste middel betreft den tijd, waarop de overtreding zou hebben plaats gehad; repuiranten

meenen, dat niet voldoende vaststaat, dat het uur van sluiting inderdaad reeds was aangebroken, toen zij bekeurd werden. Dit middel stuit af op de feitelijke in cassatie onaantastbare beslissing van den Kantonrechter, dat wettig en overtuigend is bewezen, dat requiranten op den in de dagvaarding genoemden avond omstreeks half elf uur als bezoekers in de tapperij zijn aangetroffen.

Mitsdien heb ik de eer te concludeeren tot verwerping dezer voorziening.

Arrest H. R. van 7 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van 1° G. J. K., oud 40 jaren, visscher, geboren te Lekkerkerk, 2° J. H. R., oud 66 jaren, portier eener suikerfabriek, tevens onbezoldigd rijksveldwachter, geboren te Winterswijk, beiden wonende te Gorinchem, reqq. van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Gorinchem van 18 Sept. 1900, waarbij reqq., met 4 andere personen, zijn schuldig verklaard aan „het zich als bezoeker bevinden in eene tapperij in de gemeente Arkel tusschen half tien des avonds en vijf uur des morgens door beklaagde gepleegd gelijktijdig en in vereeniging" en, met toepassing van art. 11, in verband met de artt. 10 en 14 der Algemeene Politie-verordening van de gemeente Arkel van 17 Oct. 1891, art. 24 der wet van 15 April 1886 (Stbl. No. 64) en art. 23 W. v. Strafr., alsmede van de artt. 88, 211, 214, 252, 253 W. v. Strafvord., zijn veroordeeld ieder tot betaling van eene geldboete ten bedrage van *f* 2.—, met bepaling van den duur der vervangende hechtenis op één dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. VAN TEIJLINGEN;

Gelet op de door de reqq. ingediende memorie, waarin op een vijftal nader omschreven gronden de vernietiging van het vonnis wordt verzocht, en subsidiair de onwettig-verklaring van de Algemeene Politieverordening der gemeente Arkel, op grond der daarin onwettige toegekende bevoegdheid aan den heer Burgemeester dier gemeente;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat requiranten hebben terechtgestaan ter zake „dat zij den 8 Juli 1900 des avonds omstreeks „half elf uur zich als bezoekers hebben bevonden in „de door N. J. v. M. te Arkel gehouden tapperij", welk feit door den Kantonrechter als wettig en overtuigend bewezen is aangenomen, waarna het is gequalificeerd en aan de requiranten de straf is opgelegd, gelijk aan het hoofd van dit arrest is vermeld;

O., dat als *eerste* grond voor vernietiging van het vonnis is aangevoerd, dat uit niets is gebleken, dat de qualificatie der dagvaarding behelst een strafbaar feit, waarmede, blijkens hetgeen tot steun daarvan betoogd wordt, schijnt bedoeld te zijn, dat in de dagvaarding had moeten vermeld en ter terechtzitting had moeten gebleken zijn, dat de Burgemeester geene vergunning had gegeven tot het openhouden der bedoelde tapperij;

O., dat de artt. 10 en 11, 1e lid, en 12, 1e lid, der Algemeene Politie-verordening voor de gemeente Arkel aldus luiden:

Art. 10. De houders van koffie- en bierhuizen, tapperijen, kroegen, en in het algemeen alle inrichtingen waar gelagen worden gezet, zijn verplicht hun inrichtingen van des avonds half tien tot des morgens vijf uur gesloten te houden. Het is hun verboden in dien tusschentijd bezoekers in hun inrichting te

hebben. Zij zijn verplicht de bezoekers bij het naderen van het sluitingsuur te waarschuwen, dat zij de inrichting moeten verlaten en, indien daaraan geen gehoor wordt gegeven, hiervan terstond aangifte te doen aan de politie.

Art. 11, 1e lid. Het is verboden zich als bezoeker, tusschen half tien des avonds en vijf uur des morgens, in een der in het vorig artikel bedoelde inrichtingen te bevinden.

Art. 12, 1e lid. De Burgemeester kan voor een of meer der in art. 10 bedoelde inrichtingen, tijdelijk of doorloopend een anderen tijd van sluiting bepalen.

O., dat uit deze bepalingen der verordening voortvloeit, dat aan de requiranten is ten laste gelegd en te hunnen aanzien is bewezen verklaard hetgeen als verbodsbepaling in art. 11, in verband met art. 10 voormeld wordt aangetroffen, terwijl de in art. 12 omschreven bevoegdheid aan den Burgemeester gegeven, om een anderen tijd van sluiting te bepalen, wel *als grond van verdediging* tegen de overtreding van de ten laste gelegde verbodsbepaling zou kunnen gelden, indien de Burgemeester werkelijk van deze bevoegdheid had gebruik gemaakt, maar niet ten gevolge kan hebben, dat het verbod alleen dán volgens de verordening aanwezig is, indien de Burgemeester van zijne meergemelde bevoegdheid *geen* gebruik heeft gemaakt;

dat derhalve deze *eerste* grond niet kan opgaan;

O., dat in de *tweede* en in de *vierde* plaats in de memorie wordt beweerd, dat den kastelein in de verordening de verplichting is opgelegd om de bezoekers te waarschuwen bij het naderen van het sluitingsuur, welke aanzegging of waarschuwing niet is geschied; dat dit moet plaats hebben zoowel indien de tapperij moet gesloten worden op het uur in de

verordening gemeld, als wanneer dit uur door den Burgemeester is gewijzigd, welke laatste omstandigheid volgens requiranten, op grond van oude gewoonte stilzwijgend aanwezig zoude zijn;

O., dat ingevolge het 2e lid van art. 10 der verordening aan de houders der in het 1e lid vermelde inrichtingen de verplichting is opgelegd om de bezoekers bij het naderen van het sluitingsuur te waarschuwen, dat zij de inrichting moeten verlaten, doch dat door den Kantonrechter op dezen door requiranten aangevoerden verdedigingsgrond te recht is beslist, dat voormelde — op de kasteleins rustende zelfstandige — verplichting het verbod om zich als bezoeker na sluitingstijd in eene herberg te Arkel te bevinden, niet opheft, zoodat ook deze beweringen geen grond tot cassatie kunnen geven;

O., dat in de *derde* plaats als grief wordt aangevoerd, dat requiranten zich te vergeefs tot den Kantonrechter hebben gewend om, ingevolge de bepalingen van art. 146 W. v. Strafvord., het dagvaarden van eenige daarbij opgenoemde getuigen te willen bevelen;

O., dat in art. 253, in verband met art. 146 W. v. Strafvord., aan iederen beklaagde de bevoegdheid wordt gegeven om zelf getuigen te doen dagvaarden, terwijl op zijn verzoek de Kantonrechter *kan* bevelen, dat van wege den Ambt. van het O. M. deze getuigen worden gedagvaard;

dat derhalve het al of niet geven van dit bevel geheel aan het oordeel van den Kantonrechter is overgelaten en het niet voldoen aan het daartoe strekkend verzoek mitsdien niet tot cassatie kan leiden;

O. dat in de *vijfde* plaats wordt beweerd, dat uit niets is gebleken, dat de aanwezigheid van requiranten in de tapperij in den bewusten avond plaats greep te

omstreeks half elf, omdat niemand den juisten tijd heeft gecontroleerd en de gemeente een openbaar uurwerk mist, terwijl ook in de herberg geen klok aanwezig was;

O., dat het bovenstaande afstuit op de door den Kantonrechter gegeven feitelijke beslissing, dat door het proces-verbaal en, voor zooveel de verschenen beklaagden aangaat, nog bovendien door hunne bekentenis het aan de beklaagden ten laste gelegde wettig en overtuigend is bewezen, terwijl de ten lastelegging inhoudt, dat requiranten zich te omstreeks half elf uur in de tapperij bevonden;

dat derhalve ook deze grond voor cassatie niet kan opgaan;

Ten aanzien van het *subsidiair* aangevoerde middel:

O., dat, in verband met hetgeen overigens in de memorie wordt aangevoerd, als de bedoeling van requiranten moet aangenomen worden de onwettigheid voor te dragen van de op den sluitingstijd der tapperijen in de verordening voorkomende bepalingen, waarvan de inhoud hierboven is medegedeeld;

Overwegende hieromtrent:

dat in het 1e lid van art. 12 aan den Burgemeester de bevoegdheid is gegeven, niet alleen om voor bijzondere gevallen ontheffing te verleenen van het verbod om de in art. 10 bedoelde inrichtingen later te sluiten of eerder te openen dan in de verordening is bepaald, maar ook om tijdelijk of doorloopend voor een of meer der inrichtingen een anderen — hetzij vroegeren of lateren — tijd van sluiting of opening te bepalen;

dat hiermede, in strijd met de artt. 134 en 135 der Gemeentewet, de door den Raad vastgestelde regeling door den Burgemeester ongedaan kan gemaakt worden en in werkelijkheid de aan den Raad opgedragen regeling aan den Burgemeester wordt overgedragen;

dat derhalve het in het voormelde 1e lid van art. 12 bepaalde verbindende kracht mist en ditzelfde ook het geval is met het daarmede in onafscheidelijk verband staande, in deze toegepaste art. 11 der verordening, zoodat het subsidiair aangevoerde middel in zoover is gegrond;

O., dat het bewezen feit bij geene wet of andere wettelijke verordening is strafbaar is gesteld;

Vernietigt het vonnis door den Kantonrechter te Gorinchem den 18 Sept. 1900 in deze zaak gewezen;

En, krachtens art. 105 der Wet op de R. O. ten principale recht doende:

Ontslaat de requiranten ter zake van het bewezen verklaarde feit van alle rechtsvervolging;

Voorts gezien art. 374 W. v. Strafvord.;

Verstaat dat deze beslissing ook ten aanzien van de overige bij voormeld vonnis veroordeelden zal gelden.

§ 5.

BEWIJSMIDDELEN. — SCHRIFTELIJKE BESCHEIDEN. — AANWIJZINGEN.

De verschillende tegen de bewijsvoering van het in deze zaak gewezen vonnis en het bevestigend arrest aangevoerde grieven kunnen niet leiden tot cassatie van het laatstgemelde.

Brieven en briefkaarten zijn schriftelijke bescheiden, die, waar de rechter na onderzoek heeft uitgemaakt, dat zij door den beklaagde zijn geschreven, voor echt en erkend moeten worden gehouden en van hem afkomstig zijn, waardoor zij volgens art. 407, 2o, Strafv. tot bewijs van aanwijzingen kunnen dienen.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Bij pleidooi zijn in deze zaak drie middelen van cassatie aan Uw oordeel onderworpen.

Het eerste middel heet: Schending en verkeerde toepassing van de artikelen 247, 391, 400, 402 en 407 Wetboek van Strafvordering, doordat het Hof heeft bevestigd het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Middelburg, waarbij recht is gedaan op aanwijzingen, niet bewezen door in de wet bij uitsluiting daartoe aangewezen bewijsmiddelen.

Tot staving van dit middel vestigde pleiter uwe aandacht in 't bijzonder op drie in het vonnis opgenomen aanwijzingen, waarbij de door hem gewraakte fout zou zijn begaan en wel:

a. op de aanwijzing, voorkomende op bladzijde 28 van het vonnis in de vijfde overweging: „dat de „beklaagde de verslagene P. V., dien avond (13 „April) heeft vergezeld tot Koewacht, België".

Dit feit wordt door de Rechtbank, gelijk in de genoemde overweging uitdrukkelijk wordt verklaard, als bewezen aangenomen, op grond van de verklaringen der getuigen sub 16, 17, 18, 19 en 20 gehoord, gedeeltelijk eigen waarneming, gedeeltelijk de eigen opgaven van den beklaagde bevattende, in onderling verband beschouwd.

Raadpleegt gij nu de genoemde, alle in het vonnis opgenomen getuigenverklaringen, dan zal u blijken, dat de 18de getuige A. v. H. heeft verklaard, dat de beklaagde haar bij herhaling heeft gezegd, dat hij, beklaagde, in den bewusten avond P. heeft opgewacht en dat zij toen samen tot Koewacht zijn gegaan.

Dit is alzoo eene buitengerechtelijke erkentenis van den beklaagde, die volgens art. 407 4o W. v. Strafv. mag dienen tot bewijs eener aanwijzing.

Naast deze buitengerechtelijke erkentenis staat eene tweede, geconstateerd door de verklaring van de onder No. 19 in het vonnis genoemde getuige E. V., die opgeeft, dat de beklaagde tot haar heeft gezegd, sprekende over zijnen tocht met P. in den avond van 13 April, „toen wij, nadat D. alleen bij hare zuster „F. was geweest, weder samen zijn gekomen en om „niet gezien te worden door de bosschen naar Koe„wacht zijn gegaan, dat zij dicht bij haar huis (te „Koewacht) afscheid hebben genomen.

Deze beide wettig bewezen erkentenissen van beklaagde worden nu nog nader gestaafd door de verklaring van de 16e en 17e getuigen, die op grond van eigen waarneming verklaren: M. de C.: „dat in „den bedoelden avond zij beklaagde en P. te Kniedorp „heeft gezien, komende den weg af van Stekene en „dat beklaagde toen een weg rechts van den Steen„weg is ingeslagen, terwijl P. langs getuiges woning „is gegaan. en N. V.: „dat P. in den meerbedoelden „avond haar in hare woning te Kniedorp een bezoek „heeft gebracht en toen alleen is weggegaan.

De door de rechtbank als aanwijzing aangenomen daadzaak, dat de beklaagde in den avond van 13 April met de verslagene P. is gegaan naar Koewacht, is dus bewezen door twee buiten rechten door beklaagde gedane erkentenissen, bevestigd door de op eigen waarneming steunende verklaringen van twee getuigen.

Aan den eisch van artikel 407 Wetboek van Strafvordering is dus geheel voldaan en hier is geen recht gedaan op aanwijzingen, niet op wettige wijze bewezen.

b. de tweede aanwijzing, die naar pleiters meening den toets der wet niet kan doorstaan, vindt gij op bladzijde 32 van het vonnis in de 9e overweging,

waar de Rechtbank, voorgelicht door de deskundigen en hun oordeel op de door hen aangevoerde gronden tot het hare makende, beslist, dat de steenen in de zakken gevonden afkomstig zijn van de achterplaats der woning van den beklaagde.

Het komt mij voor, dat ook deze grief ongegrond is.

De rechter trekt hieruit de door de beëedigde verklaringen der ook als getuigen gehoorde deskundigen wél bewezen daadzaak, dat de samenstelling der kalk, die zich bevond aan de bij de deelen van het lijk der verslagene gevonden steenen, geheel en in alle bijzonderheden gelijk is aan de samenstelling der kalk bevonden aan de steenen op de achterplaats van beklaagde's woning, de gevolgtrekking, dat dus de in de zakken bij de deelen van het lijk gevonden steenen afkomstig zijn van de achterplaats van beklaagde's woning.

Deze als aanwijzing aangenomen daadzaak steunt dus niet op het rapport der deskundigen, doch op hetgeen door hen als getuigen verklaard is omtrent hetgeen zij bij ontleding der kalk hebben bevonden, terwijl hun rapport, geheel in overeenstemming met het voorschrift van artikel 402 Strafv., slechts gediend heeft om den rechter voor te lichten omtrent de gevolgtrekkingen, die hij naar de regelen der wetenschap uit die wettig bewezen daadzaken kon en mocht maken.

Het kenmerkend onderscheid tusschen het thans voorliggende geval en dat behandeld bij uw arrest van 9 October 1900, W. 7499, waarop de pleiter zich beriep, is hierin gelegen, dat dáár het gevoelen van de deskundigen als een rechtstreeksch bewijsmiddel voor eene aanwijzing was aangenomen, terwijl *hier* de aanwijzing niet berust op het gevoelen der des-

kundigen, doch eene gevolgtrekking is door den rechter onder voorlichting van deskundigen getrokken uit wettig bewezen daadzaken.

c. De derde aanwijzing, die niet op wettig bewijs zoude rusten is te vinden op bladzijde 35 van het vonnis, waar de Rechtbank in de twaalfde overweging op grond van eigen bezichtiging en van de getuigenverklaringen zich te dien aanzien vereenigde met het oordeel der deskundigen als bewezen daadzaak aanneemt, dat de briefkaart en het briefje gemerkt *A* en *B* door den beklaagde zijn geschreven en aan P. V. zijn gericht.

Heel duidelijk is dit bezwaar mij niet.

Volgens artikel 407 no. 2 Strafv. mogen aanwijzingen door schriftelijke bescheiden bewezen worden.

Brieven en briefkaarten zijn schriftelijke bescheiden, die krachtens artikel 400 Strafv. in foro poenali dezelfde bewijskracht hebben, als daaraan in burgelijke zaken is toegekend.

In artikel 1911 B. W. worden brieven, waaronder ook briefkaarten zijn te verstaan, uitdrukkelijk erkend als onderhandsch schriftelijk bescheid; om als zoodanig te kunnen gelden behoeven ze zelfs niet onderteekend te zijn. Cf. Voorduin, Geschiedenis en Beginselen der Ned. Wetgeving V, bl. 478. Mr. van Bell, Het bewijs volgens het burgelijk recht bl. 34, Diephuis, Ned. Burg. Recht II, bl. 403 en 404. Voldoende is dat door erkenning of door gerechtelijk onderzoek is gebleken, dat ze van hem, aan wien ze toegeschreven worden, inderdaad zijn uitgegaan, terwijl het overigens aan 's rechters oordeel is overgelaten, om lettende op de bijzondere omstandigheden van ieder geval te beslissen, welke waarde aan de aldus geproduceerde stukken is toe te kennen, hij is in die waardeering

vrij en kan daaraan zoowel geen waarde als volledige bewijskracht toekennen. Hier is aan de zooeven genoemde eischen geheel voldaan. Voorgelicht door de deskundigen en door hen gewezen op de punten van overeenkomst heeft de rechter zich door eigen bezichtiging overtuigd, dat brief en briefkaart door den beklaagde eigenhandig zijn geschreven en de rechter is ten volle bevoegd gebruik te maken van de aanwijzingen uit die voor erkend gehouden schriftelijke bescheiden naar zijn oordeel voortvloeiende.

Mijne slotsom is dus, wat betreft het eerst gestelde middel, dat geen der drie aangevallen aanwijzingen op onwettig bewijs berust en dat dus aan het voorgestelde middel een feitelijke grondslag ontbreekt.

Het tweede middel luidt: „Schending en verkeerde toepassing van art. 247 Strafv., doordat het Hof het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Middelburg heeft bevestigd, waarbij op onwettig bewijs is recht gedaan.

Hierbij doelde pleiter voor requirant op zekere schrijffout in het vonnis, waarvan sprake is in de eerste en vierde overweging van 's Hof's arrest.

In die vierde overweging leest men: „dat de „geheele overweging op bladzijde 44 en volgende van „het beklaagde vonnis slechts de wederlegging is „van de daar besproken verdediging van den beklaagde „en dat het duidelijk is, dat zij naar de bedoeling „van de Rechtbank niet medewerkt tot het bewijs „van beklaagde's schuld;

„dat alzoo in de volgende overweging op bladz. 45 „achter de woorden „uit het bovenstaande" in den „aanhef kennelijk zijn uitgevallen de woorden „met „uitzondering van de laatste overweging" en het Hof dan ook beslist, dat „de bedoelde overweging moet

„gelezen worden, als volgt: „Overwegende, dat uit „het bovenstaande met uitzondering van de laatste „overweging voortvloeit", enz.

Na welke beslissing in het arrest onmiddellijk volgt, dat het Hof zich met dien verstande vereenigt met de gronden in het vonnis, waarvan hooger beroep, vervat en die overneemt.

Ook aan dit middel ontbreekt m. i. een feitelijke grondslag. Door den raadsman van requirant wordt daarbij wel als onomstootelijk gesteld, dat de rechter a quo op onwettig bewijs heeft recht gedaan, zoodat de rechter in hooger beroep het vonnis uit dien hoofde had moeten vernietigen, doch uit niets blijkt, dat het Hof heeft beslist, dat hier op onwettig bewijs is recht gedaan. Het Hof heeft, alleen gebruik makende van de bevoegdheid in 1886, bij de vervanging van het oude artikel 248 Strafv. door het thans geldende art. 247 Sv. gegeven, het vonnis a quo verbeterd en aangevuld door datgene, wat het als de kennelijke bedoeling van den rechter a quo aanneemt, duidelijker uit het vonnis te doen blijken; wel verre dus, dat artikel 247 hier is geschonden, is het in casu naar letter en geest toegepast.

Eindelijk het derde middel: Schending en verkeerde toepassing van artt. 247, 212, 221, 223, 391 en 392 Strafv., doordat het Hof heeft bevestigd het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Middelburg, waarbij in de overweging, betreffende de aanwijzingen voortvloeiende uit de ten processe overgelegde briefkaart en beschreven papier, is recht gedaan op onwettig bewijs, doordat de Rechtbank de aanwijzing, als zoude beklaagde de daar bedoelde schrifturen hebben geschreven en deze van hem afkomstig zijn, als bewezen aanneemt, o. a. door de verklaringen der getuigen

sub 10, 17, 22 en 23, waarin voor zoover in het vonnis opgenomen, niets omtrent bedoelde schrifturen is vermeld.

Het middel slaat op de 12de overweging voorkomende op bladz. 35 van het vonnis en bewijst zeker hoe gevaarlijk de meer en meer in zwang komende praktijk is, om bij het aanhalen van getuigenverklaringen kortheidshalve geen namen van getuigen, doch alleen het nommer te vermelden, waaronder de verklaring in het vonnis is opgenomen. Immers is het in casu duidelijk, dat de in de aangehaalde overweging vermelde nommers foutief zijn en dat meer dan waarschijnlijk bij het vonnis bedoeld is te verwijzen naar de verklaringen *a*: van den Belgischen rechter van instructie R. H. in het vonnis opgenomen onder N°. 13 en speciaal naar dat gedeelte van die verklaring, dat voorkomt op bladz. 16 van het vonnis; *b*: van de getuige E. V. in het vonnis opgenomen onder N°. 19 en speciaal naar het gedeelte, voorkomende op bladz. 27 van het vonnis; *c*: naar de verklaringen van S. d. J., voorkomende onder N°. 26 van het vonnis op bladz. 33; en *d* : van de verklaring van de deskundigen E. B. en R. S. opgenomen onder N°. 27 op bladz. 34 van het vonnis.

Uwen Raad kan echter deze schrijffouten niet verbeteren en heeft dus alleen de vraag te beantwoorden, of deze, zoo het schijnt door het Hof niet opgemerkte, onjuiste aanhalingen het vonnis in die mate vitieeren, dat ze alsnog tot cassatie behooren te leiden.

Pleiter beantwoordde die vraag toestemmend en beriep zich daarbij op uwe arresten van 23 Mei 1892, W. 6194 en van 10 October 1892, W. 6248.

Dit beroep acht ik ongegrond. In ieder der beide gevallen, beslist bij de aangehaalde arresten, was recht

gedaan op een ambtseedig proces-verbaal zonder dat de inhoud van dat verbaal in het vonnis was teruggegeven, zoodat niet kon worden nagegaan of het verbaal wel op eigen waarneming rustte.

Hier is van iets dergelijks geen sprake, doch verklaart de rechter, voorgelicht door de deskundigen, op grond van eigen overtuiging verkregen door persoonlijke bezichtiging en door de verklaringen der onder 1, 2, 10, 17, 22, 23, 24 en 25 gehoorde getuigen, dat de schriftelijke bescheiden gemerkt *A* en *B* door den beklaagde zijn geschreven en aan P. gericht; nu moge het duidelijk zijn, dat van de acht aangehaalde getuigenverklaringen, vier met een verkeerd nommer zijn aangeduid, zeker is het ook, dat geen andere dan in het vonnis opgenomen verklaringen zijn bedoeld, daarom meen ik de vraag, of door deze vergissing het bewijs onwettig is geworden? ontkennend te mogen beantwoorden, dit zou alleen dan het geval kunnen zijn, indien aangetoond ware, dat een der in het vonnis opgenomen verklaringen niet voldoet aan de eischen, die de wet stelt zoodat de *onzekerheid*, die door de begane vergissing is ontstaan, omtrent de door de Rechtbank bedoelde verklaringen, de *mogelijkheid* opende, dat recht was gedaan op eene in het vonnis opgenomen verklaring, die niet als bewijsmiddel had mogen worden aangenomen.

Het vonnis der Rechtbank is echter met zooveel zorg gesteld, dat daarin niet eene verklaring is te vinden, die den toets der wet niet kan doorstaan.

Veilig mag dus aangenomen worden, dat al is er in de aanhaling der getuigenverklaring in de 12e overweging eene onjuistheid ingeslopen, dit abuis toch in geen geval tot gevolg kan hebben, dat er is recht gedaan op onwettig bewijs.

Daarbij merk ik voorts nog op, dat de overvloed van bewijs die er ten processe is voor de door den rechter bij de twaalfde overweging aangenomen daadzaak tot gevolg heeft, dat zelfs, al laat men de 4 onjuist aangehaalde getuigen-verklaringen geheel buiten beschouwingen, er niettemin meer dan voldoende bewijs overblijft voor het door de Rechtbank als bewezen aangenomen feit.

Ik kan daarom niet inzien, waarom de begane vergissing tot de conclusie moet leiden, dat er ten deze recht is gedaan op onwettig bewijs en evenmin hoe daardoor de bij het middel aangehaalde artikelen geschonden of verkeerd toegepast kunnen zijn.

Evenmin als de beide eerste middelen. kan dit middel m. i. leiden tot cassatie, waarom ik de eer heb te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 7 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van A. C. M., oud 40 jaren, landbouwer, geboren en wonende te Koewacht (Zeeland), requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage van 4 Oct. 1900, waarbij werd bevestigd het vonnis van de Arr. Rechtbank te te Middelburg van 23 Juni 1900, voor zooverre de requirant daarbij werd schuldig verklaard aan doodslag, en, met toepassing van de artt. 10, 287 W. v Strafr., 214, 219, 216 W. v. Strafvord., werd veroordeeld tot eene gevangenisstraf van 15 jaren, met vrijspraak van hetgeen meer ten laste is gelegd en met last tot teruggave of vernietiging der overtuigingstukken — wordende voorts bij dat arrest, met herstel eener schrijffout in het vonnis, dat vonnis alleen vernietigd ten aanzien van de door de Rechtbank als

bewezen aangenomen oorzaak van den dood der verslagene, en te dien aanzien opnieuw recht gedaan met gedeeltelijke vrijspraak;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. LAMAN TRIP;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 247, 391, 400, 402 en 407 W. v. Strafvord., doordat het Hof heeft bevestigd het vonnis der Arr. Rechtbank te Middelburg, waarbij recht is gedaan op aanwijzingen, niet bewezen door in de wet bij uitsluiting daartoe aangewezen bewijsmiddelen als:

a. de aanwijzing dat de beklaagde in den avond van 13 April 1899 met P. V. te Koewacht is gekomen, omtrent welke door den beklaagde ontkende omstandigheid geen der in het vonnis bij de betrekkelijke overweging vermelde getuigenissen (die der getuigen sub. 16, 17, 18, 19 en 20) eenige verklaring inhoudt, en welke dus slechts bewezen wordt door de aanwijzingen, uit die verklaringen voortvloeiende, o. a. het feit verklaard door de getuige sub 16, dat zij den beklaagde met P. V. op dien avond heeft gezien te Kniedorp, terwijl beklaagde beweert den persoon van P. V. vroeger te hebben verlaten;

b. De aanwijzing, dat in de zakken, met het lijk van P. V. en in dien met haar kleederen steenen waren, geheel gelijk aan die welke op beklaagde's achterplaats lagen, welke aanwijzing door de Rechtbank afgeleid en bewezen wordt uit een door haar overgenomen oordeel der deskundigen S. en v. d. B. (9e overweging van het vonnis en resumptie);

c. de aanwijzing, dat de beklaagde bedreigingen tegen het leven van P. V. heeft geuit, welke aan-

wijzing o. a. steunt op de aan beklaagde toegeschreven briefkaart en briefje, welke noch als authentieke, noch als erkende onderhandsche geschriften in aanmerking kunnen komen, doch waarvan de Rechtbank op grond van deskundig oordeel, eigen bezichting en van verklaringen van getuigen aanneemt, dat zij, alhoewel geen onderteekening dragend, „door den beklaagde zoude zijn geschreven";

II. Schending en verkeerde toepassing van art. 247 W. v. Strafvord., doordat het Hof het vonnis van de Arr. Rechtbank te Middelburg heeft bevestigd, waarbij op onwettig bewijs was recht gedaan, in casu de quaestie der schrijffout, waaromtrent wordt overwogen in de 1e en 4e overweging van 's Hofs arrest, terwijl het Hof, gelijk bij requisitoir door den heer Proc.-Gen. van het Hof werd gevorderd, het vonnis geheel of gedeeltelijk had behooren te vernietigen, maar niet gerechtigd was de bedoeling van den lageren rechter tegen den duidelijken tekst in te expliceeren, en over die bedoeling eene beslissing te geven, door inschuiving van eenige woorden, die door het Hof werden uitgevonden als uitgevallen, wordende op deze wijze de plicht tot vernietiging, zooals die bij art. 247 is gesanctionneerd, opgeheven;

III. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 247, 212, 221, 223, 391 en 392 W. v. Strafvord., doordat het Hof heeft bevestigd het vonnis der Arr. Rechtbank te Middelburg, waarbij: „de overweging betreffende (de aanwijzingen voortvloeiende uit) de ten processe geproduceerde briefkaart en geschreven papiertje is recht gedaan op onwettig bewijs, doordat de Rechtbank de aanwijzing als zou de beklaagde de daar bedoelde schrifturen hebben geschreven en deze van hem afkomstig zijn, als bewezen aanneemt;

o.a. door de verklaringen der getuigen sub 10, 17, 22 en 23, waarin, voor zoover in het vonnis voorkomende, niets omtrent bedoelde schrifturen is gerelateerd;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat het beroep onbeperkt is ingesteld, doch niet-ontvankelijk is, voor zoover het is gericht tegen de in het arrest vervatte vrijspraak;

O., voor zoover het beroep ontvankelijk is, dat ten laste van den requirant als bewezen is aangenomen:

dat hij in den avond van 13 April 1899 hetzij te Koewacht in Nederland, hetzij te Koewacht in België, opzettelijk P. V., huisvrouw van S. H., van het leven heeft beroofd, door haar opzettelijk met een hard voorwerp op het hoofd te slaan en vervolgens met een scherp mes haar lichaam in stukken te snijden, waarbij hij het hoofd, de armen de schouderbladen, de beenen beneden de knieën de borsten en verschillende stukken vleesch en vel van het lichaam afgesneden en o.a. eenige slagaderen doorgesneden heeft, en dat de dood van P. V., veroorzaakt is óf door een hevig bloedverlies als gevolg van de doorsnijding van bloedvaten, of doordat zij opzettelijk met een hard voorwerp op het hoofd is geslagen;

dat deze feiten zijn gequalificeerd en de requirant is veroordeeld gelijk in het hoofd van dit arrest is vermeld;

O., dat het 1e middel van cassatie in drie onderdeelen *a*. *b* en *c*. bevat grieven tegen de wettigheid der bewijsmiddelen, waarop in het voor zooverre door het Hof bevestigd vonnis der Rechtbank is recht gedaan;

O., dat deze grieven alle betreffen de 17e en 18e overweging van het vonnis, waarin de Rechtbank „overweegt: „dat uit het bovenstaande voortvloeit en „door de Rechtbank wordt aangenomen, dat de beklaag-„de in den avond van 13 April 1899 met P. V., te „Koewacht is gekomen, dat hij den volgenden dag te „huis is gebleven en den 15en naar Brussel is gegaan „en aldaar alsmede te Mariakerke eenige dagen is „gebleven en zijne familie heeft bezocht, zonder dat „eene bepaalde reden bestond om juist toen te „doen wat hij in geen jaren gedaan had; dat P. V., „na dien 13 April niet meer is gezien, doch haar „lijk is teruggevonden in eene weel op korten afstand „van beklaagde's woning; dat in de zakken met het „lijk en in dien met de kleederen van P. V., steenen „waren geheel gelijk aan die welke op zijne achter-„plaats lagen; dat beklaagde vóór het verdwijnen van „die vrouw door omkooping getracht heeft haar „van kant te laten maken en bedreigingen tegen haar „leven heeft geuit, indien zij niet met hem wilde „wegloopen; dat zij dit laatste weigerde te doen; „dat hij na haar verdwijnen tegen verscheidene per-„sonen heeft gezegd, dat zij weg was, men haar niet „meer zou zien, dat zij te Koewacht op het hof van „haren man niet meer zou terugkomen, zich uitgela-„ten heeft over de mogelijke wijze waarop zij het „leven kon hebben verloren, overeenkomende met „den gewelddadigen dood dien zij is gestorven; dat „hij over haar heeft gesproken als eene vrouw met „wie hij geleefd had, doch die weg was en niet meer „terugkwam";

„dat de Rechtbank in deze feiten en omstandigheden „zoovele aanwijzingen ziet die haar de overtuiging „geven, dat de beklaagde P. V. heeft gedood, en

„waardoor tevens bewezen wordt, dat hij dit opzettelijk heeft gedaan";

O., ten aanzien der grief onder *a*:

dat de Rechtbank in de 5e overweging van haar vonnis het feit, dat beklaagde P. V. dien avond heeft vergezeld tot Koewacht (België), als bewezen heeft aangenomen „op grond van de verklaringen der getuigen sub 16, 17, 18, 19 en 20, gedeeltelijk eigen waarneming, gedeeltelijk de eigen opgaven aan den beklaagde bevattende";

dat dit feit, hetwelk blijkens de 17e en 18e overweging als aanwijzing tot het bewijs heeft medegewerkt — derhalve bewezen is door die verklaringen, welke in het vonnis zijn opgenomen en alle òf loopen over feiten door de getuigen zelve waargenomen òf behelzen erkentenissen hun door den beklaagde omtrent dat punt gedaan;

dat in het bijzonder ook de verklaring van de 16e getuige in het middel genoemd: „dat zij den beklaagde met P. V. op dien avond heeft gezien te Kniedorp", is eene verklaring omtrent een feit door die getuige zelve gezien; — en die verklaringen van getuige, volgens art. 407 no. 1 en 4, zijn wettige bewijsmiddelen om het bestaan van aanwijzingen te bewijzen;

O., omtrent de grief onder *b*:

dat Th. S. en A. v. d. B. beiden ter terechtzitting der Rechtbank als getuigen zijn gehoord omtrent hunne bevinding ten aanzien van de bouwsteenen die in de zakken, waarin het lijk der verslagene en hare kleederen waren, zijn bevonden en van de steenen die van de achterplaats der woning van beklaagde waren medegenomen en de daaraan aanwezige kalk, — en zij tevens als deskundigen, de Rechtbank hebben

voorgelicht door hun wetenschappelijk onderzoek daaromtrent, waarvan als resultaat in het vonnis is opgenomen: „dat zij op die gronden overtuigd zijn, dat de steenen uit de zakken geheel overeenkomen met die van „de achterplaats van den beklaagde";

dat de Rechtbank daarna overweegt, dat zij uit het oordeel dier deskundigen, dat zij overneemt, de gevolgtrekking maakt en aanneemt „dat de steenen uit „de zakken afkomstig zijn van de achterplaats van „den beklaagde";

dat daarbij het oordeel der deskundigen niet als bewijsmiddel door de Rechtbank is aangenomen, maar zij door hun wetenschappelijk onderzoek voorgelicht zelve uit de verklaringen hunner bevinding als getuigen de gevolgtrekking heeft gemaakt en daardoor de gelijkheid en herkomst der steenen bewezen acht;

dat deze bewijsvoering geheel in overeenstemming is met de artt. 402 en 407 W. v. Strafvord., en de grief onder *b* dus feitelijk niet is gegrond;

O. omtrent de grief onder *c*:

dat de Rechtbank in de 12e overweging verklaart, de overtuiging, dat de briefkaart en het briefje gemerkt A en B, door den beklaagde zijn geschreven en aan P. V. zijn gericht, te hebben verkregen op grond van de verklaringen van 8 getuigen in het vonnis opgenomen en van eigen bezichtiging, voorgelicht door het oordeel der daarover gehoorde deskundigen, waarmede de Rechtbank zich vereenigt;

dat die briefkaart en brief zijn schriftelijke bescheiden, welke de rechter na onderzoek heeft beslist, dat door beklaagde zijn geschreven, en die dus voor echt en erkend moeten worden gehouden en van hem afkomstig zijn, waardoor, volgens art. 407, 2°. W. van Strafvord., aanwijzingen kunnen worden bewezen;

O., dat dus het 1e middel van cassatie niet gegrond is;

O., dat het 2e middel van cassatie is gericht tegen de beslissing van het Hof, dat in den aanvang der 17e overweging van het vonnis der Rechtbank achter de woorden „uit het bovenstaande", kennelijk zijn uitgevallen de woorden „met uitzondering van de „laatste overweging"; — dat deze overweging moet worden gelezen aldus: O., dat uit het bovenstaande „met uitzondering der laatste overweging voortvloeit" enz., en het Hof met herstel dier schrijffout zich met de gronden in het vonnis vervat vereenigt, — en tot toelichting van het middel is aangevoerd, dat in de 16e overweging van het vonnis, die aldus door het Hof wordt ter zijde gesteld, bewijsmiddelen zijn opgenomen die niet op de wet zijn gegrond, zoodat het vonnis waarvan hooger beroep had moeten worden vernietigd, omdat op onwettig bewijs was recht gedaan;

O. daaromtrent, dat de 16e overweging van het vonnis luidt:

„O., dat de beklaagde de hiervoren beschreven woor- „den en daden ter terechtzitting heeft ontkend en als „leugenachtig bestempeld en ten blijke van zijne „onbekendheid van hetgeen aan P. V. was wedervaren, „gewezen heeft op zijne pogingen om haar te vinden „en inlichtingen omtrent haar in te winnen, dat in- „derdaad uit verschillende getuigenverklaringen is „gebleken, dat hij te- Stekene, St. Nicolaas, Clinge, „Terneuzen enz. na den 23 April 1899 zoodanige „inlichtingen heeft gevraagd, ofschoon zij in beide „laatste plaatsen niet waren geweest; doch dat de „Rechtbank dit niet in het voordeel van den beklaagde „aanneemt, omdat zij niet van oordeel is, dat hij dit „te goeder trouw en onbekend met hetgeen er van „die vrouw was geworden, gedaan heeft; dat er toch

„geen enkele reden is aangevoerd, waarom hij kon „meenen dat vrouw H. hem daar zou zijn gaan zoeken „zooals hij wil doen gelooven, terwijl zij, zooals de „beklaagde beweert, hadden afgesproken, dat hij naar „Antwerpen of Brussel zou gaan; dat beklaagde ook „ter terechtzitting geen enkel vermoeden heeft geuit „omtrent den persoon die P. V. zou hebben gedood, „indien hij zelf dat niet gedaan heeft en niemand heeft kunnen opgeven „die hem den 14 April gezien heeft";

O., dat deze overweging in onmiddellijk verband staat tot de vorige (15e) overweging van het vonnis, waarin de Rechtbank opneemt verschillende verklaringen van 8 getuigen aangaande woorden en daden van den beklaagde vóór en na den dag waarop P. V. het laatste is gezien;

dat de Rechtbank daarop in de 16e overweging, blijkens den aanhef daarvan, zich rekenschap geeft waarom zij die verklaring der getuigen, welke door den beklaagde waren ontkend en als leugenachtig bestempeld, niettemin geloofwaardig acht en als waar aanneemt, en de daarbij vermelde verdediging van beklaagde verwerpt, waarna zij die verklaringen, blijkens de 17e overweging, tot het bewijs der aanwijzingen, waardoor zij de schuld van den beklaagde bewezen acht, doet medewerken;

dat alzoo in de 16e overweging is opgenomen eene beoordeeling door den rechter van de waarde van de voorafgaande verklaringen der getuigen met weerlegging van de daarbij besproken verdediging van beklaagde, en niet eenig bewijsmiddel voor de schuld van den beklaagde; dat het Hof derhalve te recht heeft beslist, dat die overweging „naar de bedoeling der Rechtbank „niet medewerkt tot het bewijs van beklaagde's schuld", en het daarin aangevoerde dus geen grond

konde opleveren tot vernietiging van het vonnis;

O., dat het middel van cassatie dus feitelijk niet gegrond is;

O. omtrent het derde middel van cassatie: dat de Rechtbank in de 12e overweging van het vonnis verklaart, dat de overtuiging dat de briefkaart en het briefje gemerkt A en B door den beklaagde zijn geschreven en aan P. V zijn gericht, te hebben verkregen o. a. door de verklaringen der getuigen onder 1, 2, 10, 17, 22, 23, 24 en 25 in het vonnis opgenomen, — en in het middel daartegen wordt aangevoerd, dat in vier dier verklaringen, die onder 10, 17, 22 en 23, voor zoover die in het vonnis voorkomen, niets omtrent die schrifturen is gerelateerd, zoodat op onwettig bewijs zoude zijn recht gedaan;

O., dat de verklaringen der getuigen onder nos 10, 17, 22 en 23 in het vonnis opgenomen alle berusten op eigen bevinding en waarneming van ieder dier getuigen en zijn wettig bewijsmiddelen; dat de waarde dier verklaringen voor de overtuiging van den rechter tot het bewijs van aanwijzingen niet in cassatie kan worden onderzocht, maar geheel is overgelaten aan den rechter die over de feiten beslist; dat dus ook het derde middel niet tot cassatie kan leiden;

Verklaart den requirant niet-ontvankelijk in zijn beroep voor zoover dit is gericht tegen de in het arrest vervatte vrijspraak;

Verwerpt overigens het beroep in cassatie.

§ 6.

LANDLOOPERIJ.

Tot het wezen van landlooperij vordert de wet niet, dat het „rondzwerven" zoude moeten resulteeren

uit het zonder middelen van bestaan aangetroffen worden op verschillende door de tijdsruimte van langer dan één dag gescheiden tijdstippen.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Aan den gerequireerde is ten laste gelegd, dat hij op 15 September 1900, op den Kinderdijk, gemeente Alblasserdam, zonder middelen van bestaan heeft rongezworven.

De gerequireerde heeft zonder voorbehoud bekend, zich aan dit feit te hebben schuldig gemaakt, blijkens het proces-verbaal der terechtzitting daaraan toevoegende, dat hij gedurende den laatsten tijd op verschillende plaatsen in de buurt van Alblasserdam heeft rond gezworven, ten einde werk te vinden, hetgeen hem niet gelukt is, terwijl hij blijkens het vonnis mede erkend heeft, dat hij geen huisvesting heeft.

Zijne bekentenis wordt in alle deelen bevestigd door den onder eede gehoorden getuige.

De Rechtbank te Dordrecht achtte het feit mitsdien wettig en onvertuigend bewezen, doch ontsloeg den gerequireerde niettemin van alle rechtsvervolging met last tot onmiddellijke invrijheidstelling op grond:

dat voor de toepassing van artikel 432 Strafr. noodig is, dat blijke, dat de beklaagde op verschillende tijdstippen, waar tusschen eene behoorlijke tijdsruimte van langer dan één dag ligt, zwervende bevonden is zonder middel van bestaan.

Met den heer requirant ben ik van oordeel, dat de Rechtbank hier een eisch stelt, die noch door de woorden noch door de geschiedenis der wet wordt gerechtvaardigd.

Mij geheel aansluitende bij hetgeen in de memorie tot nadere staving dezer meening wordt aangevoerd,

heb ik de eer te concludeeren, dat het den Hoogen Raad moge behagen te vernietigen het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Dordrecht dd. 12 Oct. jl. en krachtens art. 105 R. O. ten principale recht doende te verklaren, dat het door de Rechtbank wettig en overtuigend bewezen verklaarde feit oplevert de overtreding van landlooperij en den beklaagde mitsdien, met toepassing van art. 432. Strafr., te veroordeelen tot hechtenis voor den tijd van ten hoogste twaalf dagen.

Arrest H. R. van 7 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Off. van Just. bij de Arrondissements-Rechtbank te Dordrecht, req. van cassatie tegen een vonnis van die Rechtbank van 12 Oct. 1900, waarbij P. K., oud 38 jaren, zonder beroep, geboren te Alblasserdam, bij het wijzen van dit vonnis zonder vaste woon- of verblijfplaats, gedetineerd te Dordrecht, is ontslagen van alle rechtsvervolging, met bevel tot zijne in vrijheidstelling, tenzij hij om andere redenen behoord in hechtenis te blijven;

Gehoord het verslag van den Raadsheer DE PINTO;

Gelet op het middel van cassatie, door den req. voorgesteld bij memorie:

Sch. door verk. toep. van art. 432 p°. en 2°. W. v. Strafr. in verband met de artt. 216 en 220 W. v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat in overeenstemming met het bevelschrift van verwijzing in de dagvaarding bij het bestreden vonnis ten laste van den gerequireerde als bewezen is aangenomen, dat hij op 15 Sept. 1900 op

den Kinderdijk, gemeente Alblasserdam, zonder middelen van bestaan heeft rondgezworven;

O., dat dit bewezen feit door de Rechtbank niet strafbaar is geoordeeld op grond, dat al moge het rondzwerven in eene gemeente van iemand, van wien blijkt, dat hij geen middelen van bestaan heeft, in sommige gevallen, de overtreding van „landlooperij" kunnen opleveren, dan toch het „rondzwerven" moet resulteeren uit het zonder middelen van bestaan aangetroffen worden op verschillende tijdstippen, waartusschen eene behoorlijke tijdsruimte, althans langer dan één dag, ligt, terwijl hier de dagvaarding blijkbaar alléén één tijdstip en ééne bepaalde plaats op het oog heeft;

O., dat tegen het op dezen grond berustende ontslag van rechtsvervolging te recht wordt opgekomen bij het ter ondersteuning van het beroep aangevoerde middel van cassatie;

dat toch art. 432 W. v. Strafr. voor het bestaan der overtreding van „landlooperij" alléén als vereischten stelt het zonder middelen van bestaan rondzwerven;

dat de wet daarbij niet vordert, dat, gelijk de Rechtbank het uitdrukt, het „rondzwerven" zoude moeten resulteeren uit het zonder middelen van bestaan aangetroffen worden op verschillende, door de tijdsruimte van langer dan één dag gescheiden tijdstippen;

dat dus de in deze woorden omschreven eisch niet is in overeenstemming met den inhoud der wet en evenmin wordt gerechtvaardigd door haar bedoeling, voor zoover deze uit haar geschiedenis blijkt;

O. mitsdien, dat het middel van cassatie is gegrond;

Vernietigt het vonnis door de Arrondissements-Rechtbank te Dordrecht den 12 Oct. 1900 in deze zaak gewezen;

Uit kracht van art. 105 der Wet op de R. O. ten principale recht doende op het bij dat vonnis bewezen verklaarde feit;

Gezien art. 432 W. v. Strafr.;

Qualificeert dit feit als landlooperij;

Verklaart den gerequireerde daaraan schuldig;

Veroordeelt hem te dier zake tot hechtenis van drie dagen.

§ 7.

DAGVAARDING (UITLEGGING DER). — VRIJSPRAAK. — POLITIEREGLEMENT VAN DE GEMEENTE GRONINGEN.

Tegen een vonnis, waarbij de rechter niet bewezen verklaart, wat naar zijne opvatting niet was telastgelegd, is een beroep in cassatie niet ontvankelijk.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

In deze zaak is de Ambtenaar van het Openbaar Ministerie in cassatie gekomen tegen een vonnis van den Kantonrechter te Groningen, waarbij de beklaagde is vrijgesproken van eene hem ten laste gelegde overtreding van het Politie-Reglement der gemeente Groningen.

De eerste vraag, die te beantwoorden staat, is dus of deze voorziening wel ontvankelijk is; ze kan dit volgens art. 347 Strafv. alleen dan zijn, indien de gegeven vrijspraak re vera een bedekt onslag van rechtsvervolging is.

De requirant heeft dit niet voorbij gezien en tracht daarom bij zijne tijdig ingediende memorie allereerst aan te toonen, dat al is de beslissing van den rechter in den vorm van eene vrijspraak gegoten, ze niettemin berust op wetsuitlegging.

Hoewel ik erken, dat de wijze, waarop de rechter zijne meening motiveert, wel aanleiding tot de opvatting van requirant geeft, ben ik toch van oordeel, dat bij nadere beschouwing blijkt, dat de rechter in casu alleen de dagvaarding heeft geinterpreteerd en daarna beslist, dat, wat volgens dien uitleg bij de dagvaarding is ten laste gelegd niet is bewezen.

Wat is het geval? Aan den gerequireerde is bij dagvaarding ten laste gelegd, dat hij den afsluitboom, geplaatst *vóór* de afgedraaid wordende brug, gelegen in den Aweg over het Hoendiep bij de Westerhaven is gepasseerd.

Nu overweegt de Kantonrechter, dat de dagvaarding alleen in dien zin is te verstaan, dat de beklaagde den afsluitboom, die voor hem den toegang tot de brug moest afsluiten, terwijl deze in gesloten stand was, zou gepasseerd zijn; en beslist dàn, dat *dit feit* niet is bewezen.

Zijne uitlegging der dagvaarding, die volgens uwe constante jurisprudentie in cassatie onaantastbaar is, (zie uw arrest v. 28 Juli 1900, W. 7479), motiveert de rechter in casu met een beroep op de artikelen der verordening, waarop de dagvaarding kennelijk is gericht, en hij neemt daarbij m i. te recht aan, dat de gemeentewetgever heeft willen verbieden, dat men zich nog toegang tot de brug verschafte, nadat de boom was gesloten, die bestemd was, den toegang tot de brug af te sluiten voor allen, die de brug van die zijde naderden en de brug nog niet betreden hadden; — dat alzoo *die* boom voor hen was de afsluitboom *vóór de brug*, terwijl de aan de tegenovergestelde zijde geplaatste boom, die zij eerst konden bereiken, nadat ze de brug reeds waren overgegaan, niet bestemd was *vóór hen* den toegang tot de brug af te sluiten en voor hen in den zin der ver-

ordening niet is de afsluitboom *vóór*, doch de afsluitboom *achter* de brug.

Ware de verordening in anderen zin op te vatten, gelijk de req. bij zijne memorie beweert, dan zou daarvan het gevolg zijn, dat zij die bij aan hunne zijde ongesloten boom de brug hadden betreden, indien inmiddels de boom gesloten werd aan de zijde, waar zij de brug moesten verlaten op de brug zouden moeten blijven, gedurende den tijd dat deze werd opengedraaid, 't geen toch wel nimmer de bedoeling kan zijn.

Volkomen te recht heeft dus m. i. de Kantonrechter beslist, dat de dagvaarding niet anders kan verstaan worden, dan in den zin, dat met den afsluitboom *vóór* de brug die afsluitboom is bedoeld, die zich bevindt tusschen hem, die de brug wil betreden en de brug en niet die boom, die zich bevindt tusschen hem die de brug wil verlaten en den verderen weg.

En waar nu niet bewezen is, dat de beklaagde in casu den eenigen afsluitboom, die in de dagvaarding bedoeld kan zijn, heeft gepasseerd, is hier eene *zuivere vrijspraak* gegeven, waartegen geen beroep in cassatie openstaat.

Onder verwijzing voor zooveel noodig naar uwe beslissingen van 20 Febr. 1899, W. 7244 en 30 April 1888, W. 5556, heb ik alzoo de eer te concludeeren, dat het den Hoogen Raad moge behagen den heer req. te verklaren niet ontvankelijk in het door hem ingestelde beroep.

Arrest H. R. van 7 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van de Ambt. van het O. M. bij het Kantongerecht te Groningen, req. van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Groningen van 22 Oct. 1900, waarbij J. L. oud 17 jaren, zonder be-

roep, geboren en wonende te Groningen, is vrijgesproken;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJL;

Gelet op het middel van cassatie, door den req. voorgesteld bij memorie:

Schending door niet toepassing van de artt. 214 en 253 W. v. Strafvord. in verband met de artt. 59a en 90 van het Reglement van politie van de gemeente Groningen;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz;

Overwegende, dat bij de dagvaarding aan den gerequireerde is ten laste gelegd, dat hij op 18 Sept. 1900, des voormiddags te $11^1/_4$ uur te Groningen den afsluitboom, geplaatst voor de algedraaid wordende brug, gelegen in den Aweg over het Hoendiep bij de Westerhaven is gepasseerd;

O., dat de vrijspraak hierop berust, „dat het onder„zoek ter terechtzitting niet het vereischte bewijs in „rechten heeft opgeleverd van hetgeen bij akte van „dagvaarding is ten laste gelegd";

O., dat bij de memorie van cassatie wordt vooropgesteld, dat, blijkens den inhoud van het vonnis de vrijspraak moet worden beschouwd als een bedekt ontslag van rechtsvervolging, omdat de grond der beslissing is gelegen in 's rechters oordeel, dat hetgeen door hem bewezen werd verklaard niet valt onder het bereik der ingeroepen strafbepaling;

O. dienaangaande:

dat door den Kantonrechter bewezen is verklaard, „dat „de beklaagde op tijd en plaats, als bij dagvaarding „gemeld, de brug over het Hoendiep is gepasseerd, „komende van die zijde op de brug, waarvoor geen

„afsluitboom was geplaatst, terwijl aan de andere „zijde bij het afgaan der brug wel een afsluitboom „was geplaatst";

dat aan deze bewezenverklaring wordt toegevoegd, „dat naar 's rechters oordeel de beklaagde in deze „niet strafschuldig is", welk oordeel de Kantonrechter motiveert door art. 59 al. *a* van het Reglement van politie voor de gemeente Groningen, luidende:

„Het is verboden, zoolang de sluitboomen of ketenen „voor eene brug geplaatst zijn, die afsluitingen weg „te nemen of te passeeren", in dien zin uit te leggen, dat daarbij bedoeld wordt het wegnemen of passeeren van den afsluitboom, die geplaatst is vóór eene brug van die zijde, waarvan men zich op de brug wil begeven, en niet die van de tegenovergestelde zijde;

dat hierop volgt de beslissing, dat het onderzoek ter terechtzitting niet het bewijs heeft opgeleverd, dat de afsluitboom van de zijde, waarop de beklaagde zich op de brug begaf ook vóór de brug was geplaatst en derhalve niet was bewezen, hetgeen bij akte van dagvaarding is ten laste gelegd;

dat hieruit blijkt, dat de Kantonrechter de dagvaarding in dien zin heeft opgevat, dat in de telastlegging opgesloten ligt, dat de brug van de zijde, waarvan de beklaagde zich daarop heeft begeven, afgesloten was; dat die opvatting in cassatie moet worden geëerbiedigd, en dat derhalve, nu de Kantonrechter niet bewezen verklaarde wat naar zijne opvatting was telastgelegd, de daarop gegronde vrijspraak eene zoodanige is, waartegen het beroep in cassatie alleen in het belang der wet is toegelaten;

Gezien art. 347 W. v. Strafvord.;

Verklaart den req. niet-ontvankelijk in zijn beroep.

§ 8.

REKENING EN VERANTWOORDING. — ART. 1839 B. W.

De rekening en verantwoording moet ter voldoening aan art. 1839 B. W. niet alleen bevatten de werkelijke ontvangsten en uitgaven, doch de lasthebber moet daarbij ook verantwoorden waarom posten, die daarop billijkerwijze mochten worden verwacht, in de rekening niet worden opgenomen.

Het uitdrukkelijk voorbehoud der actiën van de artt. 1837 en 1838 bij het instellen der actie van art. 1839 B. W. heeft rechtens geene andere strekking dan om zich, voor zoover de eischer in het rekeningproces na afloop daarvan eene dier actiën zoude willen instellen, te vrijwaren tegen de exceptie, dat deze vorderingen reeds in het rekeningproces geheel of ten deele zouden zijn behandeld.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

Het uitvoerige middel is u bekend en ik acht het daarom onnoodig het hier voor te lezen. Het is gericht tegen een arrest van het Hof te Arnhem waarbij, ten deele op andere gronden, bevestigd is de door de Rechtbank te Arnhem uitgesproken ontzegging van de door den eischer in cassatie tegen den verweerder ingestelde vordering tot het doen van rekening en verantwoording in den vorm bij de wet voorgeschreven van zijn beheer omtrent eene partij van 24 naaimachines, door hem van de firma K. en W., in wier rechten de eischer is getreden, *met last tot verkoop*, in consignatie ontvangen. De aanneming van dien last tot verkoop en de ontvangst der naaimachines is door den verweerder niet ontkend, en de strekking van het arrest is zeker niet die ontvangst niet bewezen te

verklaren. Maar feitelijk staat vast, dat de verweerder vóór de introductieve dagvaarding herhaaldelijk aan den eischer heeft te kennen gegeven niet te weten waar de naaimachines gebleven zijn, zoodat, zegt het Hof (en die appreciatie is feitelijk en dus hier onaantastbaar), het gevolg voor de hand lag, dat de verweerder den last niet heeft volvoerd, wat dan ook (ook dit constateert het arrest) door den eischer niet is tegengesproken.

En wanneer dit niet tegengesprokene als vaststaande door het Hof wordt aangenomen (en dat is, meen ik, de zin van het arrest) dan is dit een feitelijke beslissing, waarop hier niet kan worden teruggekomen.

Hier ontbrak dus de feitelijke grondslag voor de actie van art. 1839 B. W. Want de zin van dat artikel is niet, zooals de eischer schijnt te meenen, dat de lasthebber verklaren moet wat hij gedaan heeft, hoe hij het gedaan heeft en waarom zoo, maar dat hij ter zake van de uitvoering van den last *rekenplichtig* is, verantwoording aan den lastgever doen moet *van het door hem uit kracht van zijne volmacht ontvangene.*

Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration.

Zoo luidt art. 1993 C. C. en dat men in dat art. 1839 hetzelfde heeft willen zeggen, is, zooals DIEPHUIS XIII, pag. 66 aantoont, niet twijfelachtig.

De verweerder ontving de naaimachines *om ze te verkoopen*; dat was de eenige last dien hij te volvoeren had; eenig ander beheer omtrent die naaimachines is hem niet opgedragen, noch door hem gevoerd, en indien hij aan den last tot verkoop niet heeft voldaan, dan is hij wel verplicht de naaimachines terug

te geven en de schade te vergoeden die voor den eischer het gevolg is van het niet volvoeren van den last maar kan geen rekening en verantwoording van hem gevorderd worden, omdat hij dan niets, ook niet de naaimachines zelve, die hij *van*, niet *voor* den lastgever gekregen heeft, *uit kracht van zijne volmacht*, *en vertu de sa procuration* ontvangen heeft, geen beheer door hem voor den eischer is gevoerd en dus niets te verantwoorden valt.

En dan moge het waar zijn dat de lasthebber, van wien rekening en verantwoording van zijne gestie gevraagd wordt, zich in het rekeningproces omtrent zijn doen en laten zal hebben te verklaren, waar het debat omtrent de rekening daartoe aanleiding zal geven, aan art. 1839 ontleent de lastgever niet het recht om alleen te dien einde, ook waar de lasthebber den last volstrekt niet heeft uitgevoerd, waar hij voor den lastgever niets heeft ontvangen, niets heeft beheerd, eene actie tot rekening en verantwoording in te stellen, enkel en alleen omdat hij het hem door den lastgever ter hand gestelde niet teruggeeft.

Wie eene vordering instelt moet den feitelijken grondslag daarvan bewijzen, en voor de actie uit art. 1839 B. W. bevat de wet geene uitzondering op dien regel; hier is de feitelijke grondslag van de vordering *een beheer dat de verweerder voor den eischer omtrent 24 naaimachines, door hem van den eischer ontvangen zou hebben gevoerd*, die feitelijke grondslag van de ingestelde vordering is *niet* bewezen en te recht is dus die vordering ontzegd.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 11 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het op 23 Mei 1900 door het Gerechtshof te Arnhem tusschen partijen gewezen arrest als middel van cassatie is aangevoerd: Schending en verkeerde toepassing der artt. 1839, 1902, 1903, 1962 B. W., 771, 772, 774 tot en met 779 W. v. B. R., 76 en 79 W. v. K.,

1. omdat het Hof, hoewel beslissende en dus feitelijk vaststellende, dat verweerder (toen geïntimeerde) verplicht was de bij de dagvaarding bedoelde naaimachines te verkoopen en de opbrengst aan eischer (toen appellant) te verantwoorden of, indien hij den last niet heeft kunnen volvoeren, de naaimachines althans de waarde daarvan aan eischer (toen appellant) terug te geven, echter het vonnis a quo, waarbij eischers vordering werd ontzegd, heeft bevestigd op grond:

a. dat de vordering tot rekening en verantwoording, door eischer (naar almede feitelijk vaststaat) ingesteld op grond van art. 1839 B. W. geen zin heeft tegen een lasthebber, die verklaart den last niet te hebben uitgevoerd, tenzij de lastgever bewijze, dat de lasthebber den last wel geheel of ten deele heeft uitgevoerd, waardoor het Hof ten onrechte voorbijzag, dat art. 1839 B. W. juist strekt om den lastgever bekend te doen worden met hetgeen de lasthebber al of niet verrichtte, en hij het recht heeft om bij volslagen onzekerheid of de last in het geheel of gedeeltelijk of in het geheel niet werd uitgevoerd, juist van

den lasthebber te vorderen, dat deze hem rekenschap geve van wat hij deed of naliet;

b. dat voor eene vordering tot rekening en verantwoording in dit proces geene ruimte was, omdat zij was beperkt tot iets, waaromtrent thans reeds, als zijnde geïntimeerde's beweren op dat punt door appellant niet tegengesproken, vaststaat, dat niets te verantwoorden valt, waardoor het Hof 1° heeft voorbijgezien, dat naar 's Hofs eigen feitelijke beslissing geïntimeerde de naaimachines had in consignatie genomen en dus het wedervaren van deze machines had te verantwoorden, maar 2e blijkbaar van appellant heeft gevorderd bewijs van de onjuistheid van geïntimeerde's bewering, althans die bewering als niet tegengesproken en bijgevolg als juist heeft aangenomen, hoewel, ware die bewering juist, dit wellicht geïntimeerde bij de gevorderde rekenschap kon te stade komen, doch de juistheid van die bewering dan ook eerst bij het debat en contra-debat over de af te leggen rekening ter sprake had kunnen komen en in dit stadium van het proces niets ter zake deed;

II. omdat het Hof, hoewel volgens de eigen beslissing van het arrest door de erkentenis van geïntimeerde was bewezen, dat hij de naaimachines in consignatie ontving, later beslissende, dat bewijs ontbrak, dat geïntineerde iets voor appellant had ontvangen, of de bewijskracht dier bekentenis heeft ter zijde gelaten, of wel ten onrechte heeft beslist, dat, nu niet was bewezen, dat geïntineerde geldelijke ontvangsten voor appellant had gedaan, geïntimeerde ook niet tot rekenschap verplicht was en dus ten onrechte besliste, dat alleen rekenschap van door den lasthebber gedaan geldelijk beheer kan gevorderd worden, maar bovendien ook hier aannam, dat appellant reeds te voren

had te bewijzen, wat eerst bij de rekening zou blijken;

O. dienaangaande, dat, blijkens den inhoud van het beklaagde arrest vaststaat, dat de eischer bij de oorspronkelijke dagvaarding en conclusie in eersten aanleg heeft gesteld, dat de firma, in wier rechten hij is getreden op 27 Oct. 1891 aan den verweerder (oorspronkelijk gedaagde) 24 naaimachines in consignatie heeft gegeven ter waarde van 984 R. M., welke goederen, ingevolge opdracht van den verweerder, zijn toegezonden aan den heer E. R. te Hamburg;

dat de verweerder bij het sluiten van de overeenkomst had aangenomen te trachten deze naaimachines zoo spoedig mogelijk te zullen verkoopen en de gefactureerde waarde, onder aftrek der hem komende provisie, aanstonds na verkoop te zullen verantwoorden; dat de verweerder voortdurend een diep stilzwijgen heeft bewaard over het wedervaren dezer naaimachines en de gefactureerde waarde niet aan hem heeft vergoed; dat hij bij dit stilzwijgen na herhaalde minnelijke aanmaning en gerechtelijke sommatie tot rekening en verantwoording volhardt en deswege in verzuim verkeert; — en dat hij op deze gronden, onder reserve van alle rechten omtrent de wijze, waarop de verweerder zijn last heeft volvoerd en het kwade opzet en de verzuimen, daarbij gepleegd, wegens de handelingen van den verweerder, die als daden van koophandel moeten worden aangemerkt, heeft gevorderd de veroordeeling van den gedaagde (verweerder in cassatie) om binnen 14 dagen na beteekening van het te wijzen vonnis, ten overstaan van een daartoe te benoemen Rechter-Commissaris, aan den eischer te doen rekening en verantwoording van zijn

beheer omtrent de voornoemde naaimachines, en dat hij, in gebreke van te verschijnen of rekening te doen, daartoe zal worden gedwongen door in beslagneming ten executorialen verkoop van zijne roerende en onroerende goederen en tot lijfsdwang voor een bedrag van *f* 1000.—, met veroordeeling in de kosten; dat op deze vordering door den gedaagde (verweerder) in hoofdzaak is geantwoord: dat hij op zich genomen had, om de genoemde naaimachines voor de voorgangster van den eischer naar Transvaal te expedieeren, om van de opbrengst de factuurswaarde te verantwoorden; dat hij aan de voorgangster van den verweerder heeft opgegeven, dat de naaimachines konden worden verzonden aan den expediteur en cargadoor E. R. te Hamburg, door wiens tusschenkomst de naaimachines aan het adres van den heer J. S. destijds te Arnhem zijn verzonden; dat de naaimachines, wegens groote kosten van vervoer van Kaapstad naar Johannesburg, niet daarheen zijn verzonden en in een entrepôt te Kaapstad of, volgens zijne latere opgaaf te Durban zijn gebleven, en dat hij nooit iets meer van de naaimachines heeft vernomen; dat hij, gedaagde, belangrijk voorschot voor vracht en rechten heeft gedaan, dat hij niet nalatig is geweest in het doen van rekening en verantwoording, terwijl zijn curator destijds in zijn faillissement de noodige ophelderingen heeft gegeven;

O., dat bij het beklaagde arrest — waarbij het Hof zich vereenigt met hetgeen omtrent de feiten en procedures door de Rechtbank is overwogen en het vonnis der Rechtbank, bij hetwelk de vordering is ontzegd, ten deele op andere gronden is bevestigd, — beslist is, „dat geïntimeerde's stelling, dat hij slechts „geweest zou zijn de tusschenpersoon tusschen appel-

„lant en zekeren J. S., is weerlegd, daar van „dien J. S. of eenigen anderen geconsigneerde „in de brieven geene spraak is, doch daaruit duidelijk „volgt, dat geïntimeerde zelf de 24 naaimachines in „consignatie zou krijgen"; — „dat het door appellant „(eischer in cassatie) gestelde consignatie-contract is „bewezen"; — „dat de 24 naaimachines overeenkomstig „zijne (des verweerders) instructie naar Zuid-Afrika zijn „verzonden, door welke verzending hij ze volgens „het contract in consignatie ontving; dat het dus „vaststaat, dat hij verplicht was, om òf die naaima- „chines te verkoopen in Zuid-Afrika en de opbrengst „daarvan te verantwoorden, òf indien hij den last „niet heeft kunnen uitvoeren, de naaimachines, althans „de waarde daarvan, aan appellant terug te geven";

O., dat na deze beslissing in het beklaagde arrest is overwogen, dat uit de dingtalen blijkt, dat geïntimeerde (verweerder) herhaaldelijk vóór de dagvaarding heeft opgegeven niet te weten, waar de naaimachines gebleven zijn, zoodat het gevolg voor de hand ligt, dat hij den last niet heeft volvoerd; doch dat de appellant (eischer) zijn eigendom niet heeft teruggevorderd, noch ingesteld de vorderingen, welke de artt. 1837 en 1838 B. W. hem geven wegens het niet of gebrekkig uitvoeren van den aangenomen last, maar onder uitdrukkelijke reserve van zijn recht om die vorderingen alsnog in te stellen, heeft gevraagd rekening en verantwoording over de 24 naaimachines volgens art. 1839; — dat in het arrest te dien opzichte is geoordeeld, dat deze vordering alleen toekomt, indien door den lasthebber iets ter uitvoering van den last is verricht, hetgeen hier volgens 's Hofs oordeel zou falen, omdat tegen den lasthebber, die beweert geen beheer te hebben gevoerd, die vordering niet kan

worden toegewezen, tenzij bewijs worde geleverd of aangeboden van het geheel of ten deele uitvoeren van den last, hetgeen in dit geding niet is geschied;

O., dat deze opvatting onjuist en in strijd met art. 1839 B. W. is *eensdeels*, omdat volgens 's Hofs beslissing de eischer den last, bij overeenkomst aangegaan, tot ontvangst en verzending der naaimachines naar Zuid-Afrika, om die aldaar te doen verkoopen, niet alleen aangenomen heeft, maar die goederen ook door zijn daartoe aangewezen expediteur en cargadoor te Hamburg in ontvang heeft doen nemen en doen verzenden naar Zuid-Afrika, in welke handelingen verrichtingen van beheer als lasthebber liggen opgesloten; *anderdeels*, omdat de rekening en verantwoording al de werkelijke ontvangsten en uitgaven moet bevatten, doch de lasthebber daarbij ook moet verantwoorden, waarom posten, die daarop billijkerwijs mochten worden verwacht, in de rekening niet worden opgenomen, als daar zijn opbrengsten van verkochte goederen, schadevergoeding voor bedorven of verloren goederen, toegezonden waarden, ook wanneer deze in goederen hebben bestaan, waaromtrent de lasthebber zich van den plicht tot verantwoording niet kan ontslaan door de bloote bewering, dat hij niet weet, waar die waarden gebleven zijn;

O., dat in het beklaagde arrest wijders nog is geoordeeld, „dat zelfs al kon men aannemen dat reeds „het in consignatie ontvangen der machines is eene „daad van beheer, grond gevende voor eene vorde„ring tot rekening en verantwoording, dan nog in dit „proces voor zoodanige vordering geene ruimte is, waar „geïntimeerde opgeeft, dat hij den last niet heeft vol„voerd en appellant uitdrukkelijk alle actie wegens

„niet of niet behoorlijk uitvoeren van den last heeft „gereserveerd en de gevraagde rekening en verant- „woording dus heeft beperkt tot iets, waarover thans „reeds, als zijnde geïntimeerde's beweren op dat punt „door appellant niet tegengesproken, vaststaat, dat „niets te verantwoorden valt";

O. daaromtrent, dat de bedoelde reserve der actiën van de artt. 1837 en 1838 door den eischer bij het instellen der vordering tot rekening en verantwoording tegen den lasthebber rechtens geene andere strekking heeft, dan om zich, voor zoover de eischer na afloop van het tegenwoordige geding eene dier actiën later mocht willen instellen, te vrijwaren tegen de exceptie, dat deze vorderingen reeds in het tegenwoordige geding geheel of ten deele zouden zijn behandeld; maar dat daaraan niet eene beteekenis kon worden toegeschreven, dat daardoor de aanhangig gemaakte rechtsvordering zou worden beperkt in de rechten, die daaraan volgens de wet zijn verbonden, welke afstand, zoo hij niet uitdrukkelijk gedaan is, niet mag worden vermoed en volgens de gewone regels van het procesrecht nooit in dergelijke reserves ligt opgesloten;

O., dat het middel derhalve gegrond is en dat het beklaagde arrest uit dien hoofde moet worden vernietigd;

O., dat de ingestelde vordering krachtens de feitelijke beslissing van het Gerechtshof, volgens het daaromtrent overwogene, met uitzondering van den lijfsdwang, in voege als die gevraagd is, moet worden toegewezen; dat de als bewezen aangenomen handelingen moeten worden aangemerkt als daden van koophandel, en dat het op 9 Oct. 1899 in eersten aanleg door de Arr. Rechtbank te Arnhem tusschen

partijen gewezen vonnis, waarvan appèl, mede moet worden vernietigd;

Vernietigt het beklaagde arrest;

Recht doende krachtens art. 105 der Wet op de R. O.:

Vernietigt het bovengenoemde vonnis der Arr. Rechtbank te Arnhem;

Veroordeelt den verweerder om in den vorm bij de wet voorgeschreven binnen eene maand na de beteekening van het arrest, ten overstaan van een daartoe door de Arr. Rechtbank te Arnhem te benoemen Rechter-Commissaris, aan den eischer te doen rekening en verantwoording van zijn beheer omtrent de in de dagvaarding nader omschreven partij naaimachines met bepaling, dat, indien de verweerder in gebreke mocht blijven op den door den Rechter-Commissaris te bepalen dag te verschijnen of rekening en verantwoording te doen, hij daartoe zal kunnen gedwongen worden door in beslagneming ten executorialen verkoop van zijne roerende en onroerende goederen tot een bedrag van *f* 1000.—;

Verwijst de zaak naar de Arr.-Rechtbank te Arnhem, ten einde, met inachtneming van dit arrest, een Rechter-Commissaris, ten wiens overstaan de rekening en verantwoording zal worden afgelegd, te benoemen en omtrent die rekening en verantwoording verder te beslissen, gelijk zal bevonden worden te behooren;

Veroordeelt den verweerder in de kosten van het geding, zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep, alsmede in de kosten van cassatie voor zoover reeds gemaakt.

§ 9.

VERWIJDERING EN VERVREEMDING VAN HOOI EN MEST VAN EEN GEHUURD PERCEEL. — SCHADE.

Uit het verwijderen en vervreemden van hooi en mest van een gehuurd perceel door den huurder in strijd met de huurovereenkomst volgt van zelf schade voor den verhuurder, zonder dat verder bewijs daarvan wordt vereischt.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

De 1e eischer in cassatie had van zekeren M. eene hofstede met bijbehoorend land onder Mijdrecht gehuurd. M. bracht daarna dat goed in veiling in 4 perceelen en de verweerder kocht daarvan perceel 1, uitmakende de werf met gebouwen. De verweerder deed nu bij deurwaardersexploot den eigendomsovergang aan den 1en eischer aanzeggen. Bij het oorspronkelijk huurcontract tusschen M. en den 1en eischer was bepaald, dat het den huurder verboden was o. a. hooi en mest, zelfs al ware die van elders aangevoerd, van de gehuurde perceelen te verwijderen of die te vervreemden, met verplichting om bij zijn vertrek, wat daarvan nog aanwezig mocht zijn, zonder aanspraak op eenige vergoeding, achter te laten. Aan dit verbod werd de 1e eischer bij gemeld exploot door den verweerder nog herinnerd. De zaak kwam, ten gevolge der weigering van den 1en eischer om aan den verweerder de van hem gevorderde som voor onrechtmatig vervoer van hooi en mest te voldoen, voor de Rechtbank te Amsterdam, die genoemden eischer te dier zake tot betaling aan den verweerder van eene som van *f* 735.— veroordeelde.

De eischer voorzag zich in hooger beroep, doch

met geen ander gevolg dan dat het vonnis a quo werd bevestigd. In cassatie heeft hij nu als 1e middel doen voordragen: „Schending door niet-toepassing der artikelen 1902 en 1903 B. W., doordien het Hof, ondanks de ontkentenis van appellanten (oorspronkelijk gedaagden) dat door geïntimeerde (oorspronkelijk eischer) schade zou zijn geleden en niettegenstaande appellanten aanboden, ofschoon onverplicht, het niet bestaan van schade te bewijzen, toch de door geïntimeerde gestelde schade als bewezen heeft aangenomen, èn wat betreft het bestaan van schade zelf èn wat betreft het door geïntimeerde gestelde bedrag der schade".

De ontkentenis der appellanten behoefde voor het Hof geen reden te zijn om het bestaan van schade als bewezen aan te nemen.

En wat de bewijsmiddelen betreft, zoo was het Hof volstrekt niet gebonden aan het door de appellanten, hoewel onverplicht, aangeboden bewijs. Uit de daartoe betrekkelijke overweging van het arrest blijkt m i. duidelijk, dat het Hof het bestaan van schade en het bedrag daarvan op goede gronden heeft aangenomen, waar het beslist: dat „door den eersten rechter breedvoerig is uiteengezet, waarin de schade bestond, dat geïntimeerde door de daad van appellant H. leed, en waar, dit alles daargelaten, zelfs het toebrengen van schade in de daad van appellant H. ligt *opgesloten*, deze allerminst reden heeft om zich over deze beslissing van den eersten rechter te beklagen". De lezing van het vonnis a quo op dit punt laat m. i. geen twijfel over aangaande de juistheid van 's Hofs beslissing.

Het 2e middel betreft de borgstelling van de 2e eischeresse en luidt: „Schending en verkeerde toepassing der artt. 1857 en 1861 B. W., doordien het Hof

beslist, dat de tweede appellante ook ten behoeve van geïntimeerde als borg verbonden is, ofschoon die tweede appellante zich ten behoeve van een geheel anderen schuldeischer had borg gesteld". Met dit laatste wordt kennelijk bedoeld, dat de 2e eischeresse zich slechts als borg jegens den oorspronkelijken verhuurder M. had verbonden, maar men ziet daarbij over het hoofd, dat door het Hof *feitelijk* wordt uitgemaakt, dat de borgtocht in deze niet was gesteld „jegens den *persoon* van den vorigen eigenaar, M., maar *in het algemeen* voor alle verplichtingen, op den huurder rustende, zonder eenig voorbehoud", uit welke omstandigheid te recht door het Hof de gevolgtrekking wordt gemaakt, dat „deze borgtocht gezegd moet worden ook jegens den opvolger in de huur, den nieuwen eigenaar, v. L., te zijn aangegaan".

Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten.

Arrest H. R. van 11 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Gehoord den Adv.-Gen. Gregory, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het arrest door het Gerechtshof te Amsterdam den 25 Juni 1900 tusschen partijen gewezen, als middelen van cassatie zijn aangevoerd:

I. Sch. door niet toepassing der artt. 1902 en 1903 B. W., doordien het Hof, ondanks de ontkentenis van appellanten (oorspronkelijk gedaagden), dat door geïntimeerde (oorspronkelijk eischer) schade zou zijn geleden en, niettegenstaande appellanten aanboden, ofschoon onverplicht, het niet bestaan van schade te

bewijzen, toch de door geïntimeerde gestelde schade als bewezen heeft aangenomen, èn wat betreft het bestaan van schade zelf, èn wat betreft het door geïntimeerde gestelde bedrag der schade; en

II. Sch. en verk. toep. der artt. 1857 en 1861 B. W., doordien het Hof beslist, dat de tweede appellante ook ten behoeve van geïntimeerde als borg verbonden is, ofschoon die tweede appellante zich ten behoeve van een geheel anderen schuldeischer had borg gesteld;

O., dat volgens het bestreden arrest vaststaat, dat A. J. M. aan den eersten eischer in cassatie heeft verhuurd eene hofstede met bijbehoorend land onder Mijdrecht, met bepaling, dat het den huurder verboden was om, o. a., hooi en mest van de gehuurde perceelen te verwijderen of te vervreemden, met verplichting om bij zijn vertrek, wat daarvan nog aanwezig mocht zijn, zonder aanspraak op eenige vergoeding achter te laten; dat de tweede eischeresse in cassatie, benevens S. H., zich hoofdelijk voor alle verplichtingen, op den huurder rustende, zonder eenig voorbehoud hebben borg gesteld; dat M. voornoemd dit vast goed vervolgens publiek heeft verkocht in vier perceelen, waarvan toen het eerste met het daaraan bij dien verkoop verbonden recht des verhuurders volgende uit voormeld beding o. a. ten aanzien van hooi en mest, op het gehuurde aanwezig, door den verweerder in cassatie in eigendom is verkregen;

O., dat vervolgens die verweerder de beide eischers en S. H. voornoemd na het eindigen der huur heeft gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam, met eisch tot solidaire veroordeeling der drie gedaagden tot betaling van *f* 735.— aan den verweerder in cassa-

tie verschuldigd als schadevergoeding wegens vervoer van hooi en mest door den eersten eischer in cassatie in strijd met voormeld beding van zijn huurcontract;

O., dat deze vordering bij verstek der gedaagden is toegewezen bij vonnis van 13 Juni 1899, hetwelk, op het verzet der eischers in cassatie, is gehandhaafd ten opzichte van hen, opposanten, bij vonnis van 5 Dec. 1899, dat op hun hooger beroep is bevestigd bij het nu in cassatie bestreden arrest;

Ten aanzien van het *eerste middel*:

O., dat dit middel betreft de door de eischers in cassatie bij het Hof gevoerde bewering, dat de verweerder door voormelde met het huurcontract strijdige handeling van den eersten eischer geen schade leed;

O., dat bij het bestreden arrest hieromtrent is beslist, dat door den eersten rechter breedvoerig is uiteengezet, waarin die schade bestond, en voorts, dat het toebrengen van schade in de daad van den eersten eischer in cassatie ligt opgesloten;

O., dat, vermits de eerste eischer door verwijderen en vervreemden van hooi en mest, den verweerder toekomende, hem noodwendig schade veroorzaakte, zonder dat hiervan nader bewijs werd vereischt. — 's Hofs overweging, dat het toebrengen van schade in de daad van den eersten eischer ligt opgesloten, en de daarop gegronde bevestiging der in eersten aanleg uitgesproken veroordeeling tot schadevergoeding, niet kan wettigen de klacht over de schending door niet-toepassing der artt. 1902 en 1903 B. W.;

O. voorts, dat, vermits het gevorderd bedrag bij het Hof niet werd betwist, die klacht ook met opzicht tot het door het Hof als bewezen aannemen van dat bedrag is onaannemelijk, terwijl het middel, voor zoover daarbij wordt beweerd, dat de eischers, schoon

onverplicht, hadden aangeboden het niet bestaan van schade te bewijzen, zijnen feitelijken grondslag mist, vermits van zoodanig aanbod uit het bestreden arrest niet blijkt;

En ten aanzien van het *tweede middel*:

O., dat, terwijl het Hof vooreerst uit art. 1612 B. W. heeft afgeleid, dat bij verkoop van het verhuurde met des verhuurders rechten ook de voor den huurder gestelde borgtocht, ten voordeele van den kooper overgaat, bij het cassatiemiddel geene schending of verkeerde toepassing van dit artikel is beweerd, zoodat reeds hierom de bij het middel bestreden beslissing moet blijven gehandhaafd;

O., dat door het Hof bovendien is beslist, dat de borgtocht, in deze niet gesteld zijnde jegens den persoon van den vorigen eigenaar, maar in het algemeen voor alle verplichtingen op den huurder rustende, zonder eenig voorbehoud, gezegd moet worden ook jegens den opvolger in de verhuur, den verweerder, te zijn aangegaan, en dat door deze beslissing de bij het middel van cassatie aangehaalde artikelen niet zijn geschonden en verkeerd toegepast;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt den eischer in de kosten van cassatie.

§ 10.

VERMAKELIJKHEID (GEVEN EENER OPENBARE). — VERORDENING (POLITIE) VAN 'S GRAVENHAGE. — UITLEGGING VAN EENE AMBTSEEDIGE VERKLARING. — GETUIGENVERKLARING. — PROCESVERBAAL DER TERECHTZITTING. — MOTIVEERING. — DAGVAARDING (OPVATTING DER). — BEVOEGDHEID VAN DEN BURGEMEESTER.

Onder de ten processe bewezen omstandigheden was

het toelaten van het houden der voordracht door de tapster in hare tapperij het „geven" der vermakelijkheid in den zin van art. 271 der Alg. Pol. Verord. van 's-Gravenhage.

De juistheid der uitlegging van eene ambtseedige verklaring door den rechter, die over de feiten oordeelt, kan geen onderwerp van onderzoek in cassatie uitmaken.

De vermelding van den zakelijken inhoud eener getuigenverklaring in het proces-verbaal der terechtzitting is niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Dit procesverbaal is niet bestemd om uit te maken in welke quaititeit een verbaal door een beambte is opgemaakt.

De rechter is niet verplicht de door hem aan het bewezen verklaarde feit gegeven qualificatie met redenen te omkleeden.

De opvatting der dagvaarding door den judex facti in dien zin, dat daarin ten laste werd gelegd, eene overtreding niet van de Zondagswet, maar van art. 271 der Alg. Pol. Verord. van 's Gravenhage, moet in cassatie worden geëerbiedigd.

Dit artikel ligt binnen den kring der in art. 135 Gemeentewet genoemde onderwerpen.

Ingevolge art. 188 der Gemeentewet is de Burgemeester bevoegd tot het geven der hier in aanmerking komende vergunning.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Het eerste der negen in deze zaak voorgestelde cassatiemiddelen luidt: Schending van artikel 216 Wetboek van Strafvordering, artikel 271 der algemeene politieverordening van 's Gravenhage j° artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht, door de bekaagde te ver-

oordeelen wegens het geven van eene vermakelijkheid, ofschoon de veroordeelde die vermakelijkheid slechts had geduld en toegelaten.

Aan de requirante was telast gelegd, dat zij door een paar personen in hare tapperij eene voordracht met begeleiding van muziek had doen, althans laten houden ten genoegen van het daar aanwezige publiek. Bewezen is verklaard, dat zij bedoelde personen, die daarvoor belooning ontvingen van het publiek, de voordracht heeft laten houden, en de Kantonrechter stelt haar deswege aansprakelijk, omdat zij zelve tegenwoordig zijnde, de voordracht heeft toegelaten en alzoo het aanwezige publiek in de gelegenheid heeft gesteld er van te genieten, waarbij het onverschillig is door wie de houders van de voordracht beloond werden.

Tegen deze beslissing komt men nu op met een beroep op het arrest van den Hoogen Raad van 29 Juni 1896, Wbl. 6844, waarbij een vonnis der Rechtbank te Arnhem als onvoldoende gemotiveerd vernietigd werd, omdat de verordening van Nijmegen verbood het houden van openbare vermakelijkheden, waaronder ten onrechte was gebracht het enkele tijdelijk toelaten dat in eene tapperij door eenige personen gedanst werd.

Het komt mij voor dat de beide gevallen niet gelijkstaan; in het geval van het aangehaalde arrest was het slechts eene daad van het bezoekende publiek die door den tapper niet belet was; hier echter is de positie geheel anders, het zijn niet de bezoekers die zich zelven vermaken, maar zij worden vermaakt door lieden die niet als bezoekers aanwezig zijn, doch voor hetgeen zij doen belooning ontvangen, die dus, als niet gelag makende, onder gewone omstandigheden geweerd of verwijderd zouden zijn. Het is dus wel

degelijk de tapster die, door den aard van haar beroep geenszins genoopt deze lieden en hunne handelingen te dulden, ze bezigt om het publiek te vermaken en daardoor de aantrekkelijkheid harer inrichting te verhoogen, zoodat zij werkelijk gezegd kan worden de vermakelijkheid te geven.

Als tweede middel is gesteld: Schending van de artikelen 211, 221 j° 253 Wetboek van Strafvordering, doordat niet is onderzocht en beslist of de strafrechtelijke aansprakelijkheid van beklaagde voor het haar ten laste gelegde niet werd uitgesloten, doordat in casu de personen die de voordracht met muziek hielden, of de aanwezige bezoekers als daders van het ten laste gelegde te beschouwen waren.

Uit de toelichting schijnt, in verband met de daarbij gedane aanhaling van 's Hoogen Raads arrest van 27 Juni 1898, Wbl. 7146, te moeten worden afgeleid als bedoeling van het middel, dat men in de beslissing van den Kantonrechter ziet eene veroordeeling wegens doen plegen van de overtreding, waarvoor noodig was geweest eene beslissing over de strafbaarheid der houders van de voordracht, of wel van het publiek dat, door hen te beloonen, zich zelf de vermakelijkheid gaf, hunne strafbaarheid zou toch die van den auctor intellectualis uitsluiten.

Uit de beslissing van den Kantonrechter, die ik reeds vermeldde, blijkt echter, dat geene veroordeeling wegens doen plegen, maar wegens plegen is uitgesproken, zoodat aan het middel de feitelijke grondslag ontbreekt.

Ook het derde middel — schending van de artt. 211, 221 j° 253 en 216 Wetb. v. Strafv., verkeerde toepassing van art. 271 der alg. politieverord. van 's Gravenhage, door de beklaagde te veroordeelen wegens het geven

eener vermakelijkheid zonder vergunning van den Burgemeester, zonder dat is onderzocht en beslist of beklaagde, die reeds vergunning bezit tot het geven eener vermakelijkheid, niet te recht heeft ontkend het haar ten laste gelegde te hebben gepleegd — ontbeert eenen feitelijken grondslag. Nergens is bewezen verklaard dat de requirante eene vergunning had, en de requirante die zich bepaalde tot de ontkenning van het haar te laste gelegde, heeft zich niet op eenige vergunning beroepen, integendeel, blijkens het proces-verbaal dat tot de vervolging aanleiding heeft gegeven, heeft zij erkend geene vergunning te hebben gehad voor hetgeen ten harent geschiedde. Wel staat in dat verbaal als mededeeling van den verbalisant dat de requirante wel vergunning had tot het maken van pianomuziek, maar, juist dit deel van het verbaal is niet onder de bewijsmiddelen opgenomen.

En al kon het hebben van die vergunning als vaststaande worden aangemerkt, dan nog zou ik de bij pleidooi voorgedragen beschouwing niet kunnen deelen dat de vergunning alleen kan worden gegeven in het algemeen voor het geven van eene vermakelijkheid zonder aanwijzing van de bepaalde verrichting, zoodat eene vergunning voor pianomuziek zou moeten worden opgevat als vergunning voor alle vermakelijkheden. Voorzeker kan de Burgemeester, van wiens vergunning het geoorloofde van het geven van vermakelijkheden afhangt, de bepaalde vermakelijkheid aanwijzen waarvoor uitsluitend de vergunning strekt.

Het vierde middel luidt: Schending van de artt. 216, 391, 398, 400 Wetboek van Strafv., door als bewezen aan te nemen het „doen althans laten houden van eene *voordracht met begeleiding van muziek* zonder vergunning van den Burgemeester", terwijl de in het vonnis

vermelde ambtseedige verklaring van den Burgemeester alleen inhoudt dat hij geene vergunning heeft verleend tot het doen of laten houden van eene *voordracht*, en het mede in het vonnis ten deele opgenomen proces-verbaal van P., die als getuige eene gelijkluidende verklaring heeft afgelegd, wel inhoudt de verklaring van beklaagde, tot het houden van eene voordracht met muziek geene vergunning te hebben, doch deze verkaring niet kan dienst doen als wettig bewijsmiddel, zoodat recht is gedaan op onwettig bewijs.

Ook dit middel schijnt mij ongegrond. Wanneer de Burgemeester verklaart dat hij geene vergunning heeft gegeven tot het houden van eene voordracht, dan omvat die verklaring alle voordrachten in elken vorm, waartoe voordrachten met begeleiding van muziek behooren. Ik zie overigens niet in waarom de buitengerechtelijke erkentenis, zooals zij bij het voorgelezene proces-verbaal is geconstateerd, juist hier geen bewijsmiddel zou kunnen zijn.

Als vijfde middel is voorgesteld: Schending van de artt. 198, 177, 161, 211, 221, 391 j°. 253 W. v. Strafv. doordat:

a recht is gedaan op eene ambtseedige verklaring van den Burgemeester van 's Gravenhage waarvan de inhoud geheel, en op een op den ambtseed opgemaakt proces-verbaal van C. P. P., waarvan de inhoud gedeeltelijk in het vonnis is vermeld, terwijl geenszins blijkt dat bedoelde stukken, welker dagteekening niet in het vonnis is vermeld, dezelfde zijn als eene ter terechtzitting voorgelezen verklaring van dien Burgemeeter d.d. 1 Sept. 1900 en een proces-verbaal d.d. 8 Aug. 1900, zijnde de inhoud dier stukken in het audiëntieblad niet gerelateerd;

b. in het proces-verbaal der terechtzitting wordt gerelateerd dat de getuige P. eene verklaring aflegt geheel overeenkomstig het door hem opgemaakt proces-verbaal d.d. 8 Aug. 1900, welks inhoud in het audiëntieblad niet is gerelateerd, zoodat het andiëntieblad op dit pnnt niet kan gezegd worden te bevatten den zakelijken inhoud van de verklaring van dezen getuige naar eisch der wet (art. 198, 2e lid Strafv.);

c. in het vonnis vermeld wordt dat de getuige P. is gemeenteveldwachter, terwijl uit het audiëntieblad blijkt dat hij is brigadier van politie, terwijl voorts de bewijskracht van zijn proces-verbaal gestaafd wordt door de in het vonnis voorkomende opgaaf dat hij is gemeenteveldwachter, hetgeen echter geenszins in 't audiëntieblad is vermeld, zijnde hier alzoo recht gedaan op onwettig bewijs.

Met betrekking tot het eerste onderdeel van dit middel moet worden toegegeven, dat in het vonnis niet uitdrukkelijk is vermeld dat de bewijsstukken waarop recht is gedaan, ter terechtzitting zijn voorgelezen; maar wanneer men in acht neemt dat de inhoud dier stukken zooals hij in het vonnis vermeld is, geheel gelijk is aan die der stukken welke in het dossier aanwezig zijn, terwijl deze wat hunne dagteekening betreft overeenkomen met de stukken die volgens het proces-verbaal der terechtzitting zijn voorgelezen, dan kan er geen redelijke twijfel meer bestaan of de voorgelezene stukken zijn die waarop recht is gedaan.

Gelijke beschouwing mag gelden voor het tweede onderdeel. Gerelateerd wordt de voorlezing van het proces-verbaal van 8 Aug. 1900 en het afleggen van eene verklaring door den verbalisant overeenkomstig dat verbaal; de inhoud der verklaring is dus dezelfde als de ten processe bekende inhoud van het verbaal.

Daarenboven is niet de verklaring door den verbalisant ter terechtzitting afgelegd, d. i. de herhaling van den inhoud van het voorgelezene verbaal, maar dit stuk zelf het bewijsmiddel dat tot de veroordeeling heeft medegewerkt. En al moest het proces-verbaal der terechtzitting den zakelijken inhoud der afgelegde getuigenissen bevatten, de rechter wijst geen nietig vonnis wanneer hieromtrent een verzuim is gepleegd, omdat op dat verzuim geene nietigheid is gesteld.

Bij het derde onderdeel wordt ten onrechte geëischt dat uit het proces-verbaal der terechtzitting blijkt de qualiteit der ambtenaren op wier verbalen recht wordt gedaan. Wat daaromtrent vermeld wordt doet niets af tot het feit, uit het voorgelezene proces-verbaal vaststaande, dat de verbalisant was gemeenteveldwachter toen hij het stuk opmaakte. En voorts is het volkomen onverschillig of de verbalisant gemeenteveldwachter is of brigadier van politie, in beide qualiteiten is hij als beambte van politie bij art. 302. der toegepaste politieverordening met het opsporen van de overtredingen belast.

Het zesde middel — Schending van de artt. 211, 221 j°. 253 Wetb. van Strafv. doordat niet is onderzocht en beslist of eene voordracht met begeleiding van muziek is te beschouwen als eene vermakelijkheid in den zin van art. 271 der algemeene politieverord. van 's Gravenhage, is wederom zonder feitelijke grondslag. De Kantonrechter beslist toch dat de beklaagde, het houden van de voordracht toelatende, aansprakelijk is voor het houden *dier* vermakelijkheid, waarna hij haar schuldig verklaart aan het bij dagvaarding te last gelegde en bewezen verklaarde feit en dit qualificeert als het geven van eene vermakelijkheid.

Het zevende middel luidt: Schending van art. 4 der

Wet van 1 Maart 1815 (Stbl. n°. 21), verkeerde toepassing van art. 271 der alg. pol. verord. van 's Gravenhage, door de beklaagde te veroordeelen ofschoon toch, waar het als bewezen aangenomen feit op een Zondag is voorgevallen, het geven van bedoelde vergunning niet tot de bevoegdheid van den Burgemeester behoorde.

Art. 4 der zoogenaamde Zondagswet bepaalt dat geene openbare vermakelijkheden, zooals schouwburgen, publieke danspartijen, concerten en harddraverijen op de zondagen en algemeene feestdagen zullen gedoogd worden, terwijl het aan de plaatselijke besturen wordt vrijgelaten hieromtent eene uitzondering toe te staan, mits na het volkomen eindigen van alle godsdienstoefeningen.

De blijkbaar enuntiatieve opsomming brengt mede dat elke openbare vermakelijkheid onder het bereik van dit artikel valt; het plaatselijk bestuur dat vergunning kan verleenen wordt niet door den Burgemeester maar door Burgemeester en Wethouders gevormd; en dat in art. 188 der Gemeentewet de politie o. a. over de openbare vermakelijkheden in het algemeen aan den Burgemeester wordt opgedragen, kan niet wegnemen dat voor openbare vermakelijkheden op Zondag gegeven, de speciale bepaling der Zondagswet blijft gelden.

Ik kan mij in zooverre met hetgeen in het middel gesteld wordt vereenigen.

Maar wat is het gevolg van deze opvatting? Naar mijn inzien niet dat er een niet strafbaar feit zou zijn te last gelegd. Blijkens de redactie van art. 4 der Zondagswet bestaat de overtreding in het geven of houden van eene openbare vermakelijkheid; dit wordt in het algemeen verboden, alleen kan het plaatselijk bestuur eene uitzondering op het verbod toestaan. De

niet-aanwezigheid van de uitzondering behoort niet tot de bestanddeelen der overtreding. Ten aanzien van art. 1 dezer wet heeft de Hooge Raad wel bij arrest van 5 Oct. 1891, Wbl. 6089, uitgemaakt dat tot de bestanddeelen van het daar strafbaar gestelde het gemis van schriftelijke toestemming behoort, maar de redactie van beide artikelen verschilt blijkbaar, zoodat het beroep op de jurisprudentie over art. 26 der jachtwet, dat door mijnen ambtgenoot Mr. GREGORY gedaan werd in zijne aan genoemd arrest voorafgaande conclusie, maar hem toen niet mocht baten, thans vrucht kan dragen wegens de hier onmiskenbare overeenstemming van redactie.

In de dagvaarding is alzoo overtollig de vermelding van het gemis van vergunning van den Burgemeester, maar voor het overige bevat zij de volledige omschrijving van het bij art. 4 der Zondagswet strafbaar gestelde feit, zoodat het vonnis waarvan beroep, alleen ten aanzien van de aanhaling van toegepaste artikelen en qualificatie, zal moeten worden vernietigd, met rechtspraak ten principale.

Omhelst de Hooge Raad dit gevoelen, dan zullen de sub 8 en 9 voorgestelde cassatiemiddelen geen onderwerp van onderzoek meer behoeven uit te maken. Zij luiden: het achtste: Schending van de artt. 134 en 135 der Gemeentewet j° 216 Strafvordering, daar de toegepaste bepaling der alg. politieverordening van 's Gravenhage onderwerpen omvat, welke noch de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid, noch de huishouding der gemeente betreffen:

het negende: Schending van de artikelen 216 Strafvordering, 134, 135, 179 *a*, *h*, *k*, 188 der Gemeentewet j° art. 271 en 278 der Algemeene Politieverordening voor 's Gravenhage, doordien in het bestre-

den vonnis is toegepast eene bepaling die den Burgemeester eene bevoegdheid toekent, welke hij aan artikel 188 der Gemeentewet nimmer kan ontleenen.

Het eerste dezer middelen is trouwens op zich zelf ongegrond. Volgens de mondelinge toelichting zou niet alles waarbij het publiek wordt toegelaten, de openbare orde betreffen en dus onderwerp van de zorg der gemeentelijke overheid zijn, maar hangt hier alles af van de plaats waar, en de wijze waarop het publiek wordt toegelaten.

Doch de wet maakt daaromtrent geen onderscheid, en elke begrenzing zou dus willekeurig zijn; de eenige maatstraf voor beantwoording van de vraag wat de openbare orde raakt, is de openbaarheid der verrichting.

Het negende middel acht ik niet minder onjuist.

Volgens het bij de toelichting aangehaalde arrest van 15 Jnni 1896, Wbl. 6836, kan den Burgemeester alleen niet de bevoegdheid worden toegekend tot uitvoering van verordeningen, tenzij die berust op eene bijzondere wetsbepaling als die van art. 188 der Gemeentewet.

Maar dit artikel belast hem uitdrukkelijk met de politie o.a. over de openbare vermakelijkheden. Zelfs al mocht, gelijk betoogd is, niet alles wat in art. 271 der Gemeenteverordening genoemd wordt, behooren tot de onderwerpen in art. 188 der Gemeentewet aangegeven, dan is toch het geven van vergunning voor eene vermakelijkheid, waartoe aan het publiek toegang wordt verleend, ongetwijfeld eene verrichting vallende onder de politie over de openbare vermakelijkheden.

In verband met het zevende cassatiemiddel concludeer ik dat de Hooge Raad het vonnis waarvan beroep, zal vernietigen wat betreft de toepassing van

art. 271 der algemeene politieverordening van 's Gravenhage en de qualificatie aan het bewezen verklaarde feit gegeven, en, te dien aanzien ten principale recht doende, op grond van de artt. 4 en 6 der wet van 1 Maart 1815, Stbl. 21 — 10, 3° en 11 der wet van 15 April 1886, Stbl. 64, en 23 van het Wetboek van Strafrecht, het ten laste der requirante bewezen verklaarde feit zal qualificeeren als het houden eener openbare vermakelijkheid op zondag.

Arrest H. R. van 14 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van D. v. d. K., wede W. de G., oud 57 jaar, tapster, geboren en wonende te 's Gravenhage, requirante van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te 's Gravenhage van 20 Sept. 1900, waarbij zij, met toepassing van de artt. 271, 278 der Alg. Pol. Verord. van 's Gravenhage van 23 Juli 1895, n°. 3, de artt. 214, 253 W. v. Strafvord. en art. 23 W. v. Strafr., is schuldig verklaard aan de overtreding van te 's Gravenhage zonder vergunning van den Burgemeester eene vermakelijkheid geven, waartoe aan het publiek met of zonder betaling de toegang wordt verleend, en te dier zake veroordeeld in eene boete van ƒ 2.— en vervangende hechtenis van een dag.

Gehoord het verslag van den Raadsheer Hanlo;

Gelet op de middelen van cassatie, namens de requirante voorgesteld bij pleidooi:

1°. Schending van art. 216 W. v. Strafvord., art. 271 der Alg. Pol. Verord. van 's Gravenhage, in verband met art. 47 W. v. Strafr.;

2°. Schending van de artt. 211, 221 in verband met art. 253 W. v. Strafvord.;

3e. Schending van de artt. 211, en 221 in verband met art. 253 en 216 W. v. Strafvord.; verkeerde toepassing van art. 271 Alg. Pol. verord. van 's Gravenhage ;

4o. Schending van de art. 216, 391, 398, 400 W. v. Strafvord.;

5o. Schending van de artt. 198, 177, 161, 211, 221, 391 in verband met art. 253 W. v. Strafvord.;

6o. Schending van de artt. 211, 221 in verband met art. 253 W. v. Strafvord.;

7o Schending van art. 4 der wet van 1 Maart 1815 (Stbl. No. 21), verkeerde toepassing van art. 271 Alg. Pol. verord. van 's Gravenhage;

8o. Schending van de artt. 134 en 135 Gem. wet, in verband met art. 216 W. v. Strafvord.;

9o. Schending van de artt. 216 W. v. Strafvord, 134, 135, 179 *a*, *h* en *k*, 188 Gem. wet, de artt. 271 en 278 Alg. Pol. verord. voor 's Gravenhage;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende, dat enz.;

Overwegende, dat bij het bestreden vonnis ten laste van de requirante wettig en overtuigend bewezen is verklaard: dat zij op 5 Aug. 1900, des namiddags ten omstreeks 9½ ure, in de door haar aan het Achterom te 's Gravenhage gehouden voor het publiek toegankelijke tapperij, zonder vergunning van den Burgemeester, door G. J. B. en P. B., huisvrouw van G. J. B. voornoemd, die daarvoor van de aanwezige bezoekers belooningen ontvingen, voor het aldaar aanwezige publiek eene voordracht heeft laten houden met begeleiding van muziek;

O., dat dit feit is gequalificeerd als hierboven is opgegeven;

O.. dat de in het *eerste* middel genoemde wetsartikelen worden beweerd geschonden te zijn door de

veroordeeling van de beklaagde wegens het geven van eene vermakelijkheid, ofschoon de veroordeelde de vermakelijkheid slechts had geduld en toegelaten;

O. te dien aanzien, dat in het bestreden vonnis met juistheid wordt overwogen: „dat waar de be„klaagde zelve in hare tapperij tegenwoordig zijnde „heeft toegelaten dat deze voordracht werd gehouden „en het aanwezige publiek alzoo in de gelegenheid „heeft gesteld daarvan te genieten, zij ook — onver„schillig of de personen, die deze voordracht hielden „door haar of, gelijk in deze is geschied, door de in hare „tapperij aanwezige bezoekers werden beloond — „aansprakelijk is voor het geven dier vermakelijkheid";

O., dat het toelaten van het houden der voordracht door de tapster in hare tapperij onder die omstandigheden, niet „is een slechts dulden en toelaten", maar een „geven" der vermakelijkheid in den zin, waarin dat woord in art. 271 der Alg. Pol. verord. voor 's Gravenhage wordt gebezigd;

dat mitsdien het *eerste* middel is ongegrond;

O., dat het *tweede* middel hierop berust, dat niet onderzocht en beslist zou zijn of de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de beklaagde voor het haar ten laste gelegde niet werd uitgesloten doordat in casu de personen, die de voordracht met muziek hielden of de aanwezige bezoekers als daders van het ten laste gelegde te beschouwen waren;

O. te dien aanzien, dat hetgeen door den Kantonrechter als bewezen is aangenomen en te recht is geoordeeld op te leveren de overtreding van art. 271, door de beklaagde gepleegd, van zoodanigen aard is, dat de aanwezige bezoekers of houders der voordracht, niet als *daders* dier overtreding kunnen beschouwd worden

dat er derhalve voor den rechter geen aanleiding bestond voor een onderzoek en beslissing op dit punt

n het bijzonder, waarop buitendien de beklaagde zich tot hare verdediging niet had beroepen;

dat derhalve het *tweede* middel is ongegrond;

O., dat het *derde* middel wordt aangedrongen door de bewering, dat de beklaagde is veroorbeeld wegens het geven eener vermakelijkheid zonder vergunning van den Burgermeester, zonder dat is onderzocht en beslist of beklaagde die reeds vergunning bezit tot het geven eener vermakelijkheid, niet te recht heeft ontkend het haar ten laste gelegde te hebben gepleegd;

O., dat feitelijk niet vaststaat, dat de requirante was in het bezit van zoordanige vergunning en ook niet blijkt, dat door haar eenig beroep daarop is gedaan;

dat derhalve dit middel zijn feitelijken grondslag mist;

O., dat de schending der in het *vierde* middel opgenoemde artikelen zou gepleegd zijn, door als bewezen aan te nemen het „doen althans laten houden „van eene *voordracht met begeleiding van muziek* „zonder vergunning van den Burgemeester", terwijl de in het vonnis vermelde ambtseedige verklaring van den Burgemeester alleen inhoudt, dat hij geene vergunning heeft verleend tot het doen of laten houden van eene *voordracht* en het mede in dat vonnis ten deele opgenomen proces-verbaal van P., die als getuige eene gelijkluidende verklaring heeft afgelegd, wel inhoudt de verklaring van de beklaagde, tot het houden eener voordracht met muziek, geene vergunning te hebben, doch deze verklaring niet kan dienstdoen als wettig bewijsmiddel, zoodat recht is gedaan op onwettig bewijs;

O., te dien aanzien, dat de Kantonrechter de ambtseedige verklaring van den Burgemeester blijkbaar in dien zin heeft uitgelegd, dat de daarin gebezigde algemeene uitdrukking „*voordracht*" omvat eene *voordracht met begeleiding van muziek*, dat de juistheid

dezer uitlegging, welke tot het gebied behoort van den rechter, die over de feiten oordeelt, in cassatie niet kan betwist worden; dat overigens de requirante geen grond heeft aangevoerd voor hare bewering, dat hare bovenbedoelde in het ambtseedig proces-verbaal van den veldwachter P. opgenomen verklaring, terwijl ze toch inhoudt eene buitengerechtelijke wettig geconstateerde erkentenis van de beklaagde, die de wet in de artt. 392, 4° en 407, 4° W. v. Strafvord., uitdrukkelijk als wettig bewijsmiddel erkent, zulks in dit geval niet zou zijn;

dat dus die bewering en overigens ook het geheele *vierde* middel is ongegrond;

O., dat tot staving van het *vijfde* middel sub. *a* is aangevoerd: dat recht is gedaan op eene ambtseedige verklaring van den Burgemeester van 's Gravenhage, waarvan de inhoud geheel, en op een op den ambtseed opgemaakt proces-verbaal van C. P. P., waarvan de inhoud gedeeltelijk in het vonnis is vermeld, terwijl geenszins blijkt, dat bedoelde stukken, welker dagteekening niet in het vonnis is vermeld, dezelfde zijn als eene ter terechtzitting voorgelezen verklaring van dien Burgemeester van 11 Sept. 1900 en een proces-verbaal van 8 Aug. 1900, zijnde de inhoud dier stukken in het audiëntieblad niet gerelateerd;

O., te dien aanzien, dat slechts één proces-verbaal van aanklacht en ééne verklaring van den Burgemeester op den inventaris der stukken is vermeld; dat slechts één proces-verbaal met vermelding der dagteekening en evenzoo slechts ééne verklaring, blijkens audiëntieblad, is voorgelezen, zoodat het vonnis, sprekende van proces-verbaal en verklaring, moet geacht worden die stukken op het oog te hebben gehad;

O., dat tot staving van het *vijfde* middel sub *b* is

aangevoerd: dat in het proces-verbaal der terechtzitting wordt gerelateerd, dat de getuige P. eene verklaring aflegt, geheel overeenkomstig het door hem opgemaakt proces-verbaal van 8 Aug. 1900, welks inhoud echter in het audiëntieblad niet is gerelateerd, zoodat het audiëntieblad op dit punt niet gezegd kan worden te bevatten den zakelijken inhoud van de verklaring van dezen getuige naar eisch dewet (art. 198, 2° W. v. Stratvord.);

O. te dien aanzien, dat de vermelding van den zakelijken inhoud van de verklaring van een getuige in het proces-verbaal der terechtzitting niet op straffe van nietigheid van dat proces-verbaal of van het in de zaak gevelde vonnis is voorgeschreven en die nietigheid hier ook niet uit den aard der zaak voortvloeit;

O., dat tot staving van het vijfde middel sub *c* is aangevoerd: dat in het vonnis vermeld wordt, dat de getuige P. is gemeenteveldwachter, terwijl uit het audiëntieblad blijkt, dat hij is brigadier van politie, terwijl voorts de bewijskracht van zijn proces-verbaal gestaafd wordt door de in het vonnis voorkomende opgaaf, dat hij is gemeente-veldwachter, hetgeen echter geenszins in het audiëntieblad is gemeld, zijnde hier alzoo recht gedaan op onwettig bewijs;

O., dat, blijkens het vonnis het door den rechter als bewijsmiddel gebezigd proces-verbaal is opgemaakt door P. C. P., gemeenteveldwachter te 's-Gravenhage en het mitsdien een wettig bewijsmiddel is; dat die wettigheid niet wordt weggenomen doordat de relatant in het zittingblad genoemd wordt brigadier van politie, daar dat blad niet bestemd is om te beslissen in welke qualiteit een proces-verbaal door een beambte is opgemaakt en het bovendien zeer goed kan samengaan, dat een brigadier van politie is veldwach-

ter en op zijn ambtseed als veldwachter eene overtreding als de hier gepleegde constateert;

O., dat alzoo het *vijfde* middel in al zijne drie onderdeelen is ongegrond;

O., dat tot staving van het *zesde* middel is aangevoerd: dat niet is onderzocht en beslist of eene voordracht met begeleiding van muziek is te beschouwen als eene vermakelijkheid in den zin van art. 271 der Algemeene politie-Verordening van 's-Gravenhage;

O., te dien aanzien, dat de Kantonrechter op het door hem bewezen verklaarde houden van eene voordracht met begeleiding van muziek gezegd art. 271 toepasselijk heeft geoordeeld en het als eene „vermakelijkheid" heeft gequalificeerd; dat de wet niet vordert dat de rechter rekenschap geve waarom hij eenig feit zoo en niet anders heeft gequalificeerd; dat daartoe voor hem ook geen aanleiding bestond, nu niet blijkt, dat de beklaagde heeft betwist, dat die voordracht eene vermakelijkheid was;

O., dat dat tot staving van het 7e middel is aangevoerd: dat de beklaagde is veroordeeld, ofschoon toch, waar het als bewezen aangenomen feit op een Zondag is voorgevallen, het geven van bedoelde vergunning niet tot de bevoegdheid van den Burgemeester behoorde, maar alleen tot die van het plaatselijk bestuur;

O., te dien aanzien, dat blijkens den inhoud van het bestreden vonnis de Kantonrechter de dagvaarding, waarin van geen vermakelijkheid op *Zondag* en evenmin van een gemis van vergunning van het *plaatselijk bestuur*, maar alleen van een gemis van vergunning van den Burgemeester spraak is, in dien zin heeft opgevat, dat daarbij eene overtreding is ten laste gelegd, niet van de Zondagswet, maar van de plaatselijke politieverordening en dat deze opvatting in cassatie moet worden geëerbiedigd;

dat het middel dus zijn feitelijken grondslag mist;

O., dat tot ondersteuning van het *achtste* middel is aangevoerd: dat de toegepaste bepaling der Alg. Pol. Verord. van 's Gravenhage onderwerpen omvat, welke noch de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid, noch de huishouding der gemeente betreffen;

O. dienaangaande, dat meergenoemd hier toegepast art. 271 der Pol. Verord. betreft tentoonstellingen, feesten of vermakelijkheden, waartoe aan het publiek de toegang wordt verlèend, die dus openbaar zijn; dat bij al wat in het openbaar geschiedt de openbare orde in mindere of meerdere mate (dit laatste vooral in tapperijen) betrokken is en het ingevolge art. 135 der Gemeentewet tot de bevoegdheid van den Gemeenteraad behoort verordeningen die in het belang der openbare orde vereischt worden, te maken;

dat mitsdien het *achtste* middel is ongegrond;

O., dat tot steuning van het 9e middel is beweerd; dat in het vonnis is toegepast eene bepaling die den Burgemeester eene bevoegdheid toekent, welke hij aan art 188 Gem. wet nimmer kan ontleenen;

O., dat de vergunning waarvan hier spraak is, betreft eene openbare vermakelijkheid in eene tapperij; dat bij art. 188 der Gemeentewet de politie onder andere over de tapperijen en openbare vermakelijkheden behoort aan den Burgemeester; dat dus aan dezen alleen en niet aan B. en W., de uitvoering der verordening, voor zoover ze tapperijen en openbare vermakelijkheden betreft en mitsdien het geven der daarop betrekking hebbende vergunningen, is opgedragen; dat indien, zooals beweerd, is meergemeld art. 271 nog andere zaken omvat dan waar-over in art. 188 der Gemeentewet de politie aan den Burgermeester alleen is opgedragen, dit enkel het gevolg zal heb-

gevolg zal hebben, dat de Burgermeester alleen niet bevoegd zal zijn vergunningen betreffende die andere zaken te geven, maar niet, dat hij onbevoegd zal zijn dit te doen betreffende de zaken in gezegd art. 271 der verord. en in art. 188 der Gemeentewet beide begrepen; dat mitsdien ook het laatste middel is ongegrond:

Verwerpt het beroep.

§ 11.

OPENBAARHEID VAN EEN WEG.

Een weg is alleen openbaar in den zin van art. 427 Strafr. wanneer hij door den daartoe gerechtigde, hetzij bijzonder persoon, hetzij openbaar gezag, tot algemeen gebruik bestemd is.

Of dit is geschied door den daartoe gerechtigde, moet dus door den rechter, indien de beklaagde zich op ZIJN *eigendom van den weg beroept, worden onderzocht en beslist.*

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Deze requirant heeft terechtgestaan wegens overtreding van art. 427, 2° Wetboek van Strafrecht, en namens hem is bij pleidooi als middel van cassatie tegen zijne veroordeeling voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van art. 427 Strafwetb. in verband met de artt. 211 en 221 W. v. Sv. omdat, ofschoon de beklaagde heeft verklaard, dat het terrein waarop hij gelast had zijn wagen te plaatsen, zijn eigendom is en voor zijne rekening en op zijne last is bestraat en mitsdien geen openbare weg is, de Kantonrechter tot de openbaarheid van het terrein besluit zonder te beslissen of het terrein voor den rechthebbende tot algemeen gebruik bestemd is geworden, zijnde van zoodanige bestemming van overheidswege niets gebleken.

Bij de toelichting van dit middel is een beroep gedaan op de arresten van den Hoogen Raad, waarbij is uitgemaakt dat een weg alleen openbaar is door bestemming tot algemeen gebruik en dus de openbaarheid alleen door den rechter uit de bestemming kan worden afgeleid, dat zij dus niet het onderwerp van getuigenverklaringen kan zijn, doch dat alleen de beslissing, dat er bestemming tot algemeen gebruik is, op zulke verklaringen kan worden gegrond.

Bij een arrest van 30 October 1899 (Rechtspraak 183, blz. 161) is in het bijzonder geaccentueerd dat de bedoelde bestemming moet vaststaan; maar bij een ander arrest van dezelfde dagteekening (Ibidem blz. 140) is ook uitgemaakt dat de beslissing dat de eigenaren van den grond, dezen hebben bestemd tot openbaar gebruik, is van feitelijken aard, en voldoende voor de gevolgtrekking dat er een openbare weg is.

In casu nu is er eene gelijke beslissing door den rechter gegeven. Ik lees in het vonnis de overweging dat uit de verklaringen der gehoorde getuigen voor zoover die op eigene waarneming berusten, resulteert, dat de plaats waar beklaagde last had gegeven zijn wagen te plaatsen is bestemd tot algemeen gebruik en mitsdien in den zin van art. 427 van het Wetboek van Strafrecht is openbare weg.

Hier is dus eene gevolgtrekking van den rechter, niet van de getuigen, die immers omtrent niets dan de wijze van gebruik hebben verklaard; de bestemming wordt dan ook bepaaldelijk gezegd slechts te *resulteeren* uit die verklaringen; de rechter acht te bewezen door hetgeen de getuigen verklaard hebben.

Het eenige waardoor deze feitelijke beslissing zich van de zoo even genoemde onderscheidt, is dat hier niet uitdrukkelijk gesproken wordt van bestemming

door eigenaar of rechthebbende: maar vermits deze bestemming, d. i. eene bestemming die uitwerking en rechtsgevolgen heeft, slechts door den eigenaar of rechthebbende van den grond gegeven kan worden, komt de bijvoeging mij overtollig voor.

De gevolgtrekking uit hetgeen feitelijk bewezen is verklaard, is alzoo niet onjuist, en de beslissing omtrent hetgeen bewezen is moet in cassatie worden geëerbiedigd.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 14 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van D. J. J., oud 36 jaar, winkelier, geboren en wonende te Hengelo, requirant van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Zutphen van 16 Oct. 1900, waarbij hij, met toepassing der artt. 23 en 427 W. v. Strafr., 211, 214, 221, 222, 253 W. v. Strafvord., is schuldig verklaard aan het niet zorgen, dat een op zijn last op een openbaren weg geplaatst voorwerp behoorlijk is verlicht en van de gebruikelijke teekenen is voorzien, en te dier zake veroordeeld tot eene geldboete van f 1.— en vervangende hechtenis van een dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer HANLO;

Gelet op het middel van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

Schending en verkeerde toepassing van art. 427 W. v. Strafr. in verband met de artt. 221 en 211 W. v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie strekkende enz.;

Overwegende, dat bij het bestreden vonnis wettig en overtuigend bewezen is verklaard, dat requirant zich

heeft schuldig gemaakt aan het hem bij akte van dagvaarding ten laste gelegde feit, t. w. dat hij op 6 Aug. 1900, 's avonds omstreeks elf uur, te Hengelo is bevonden niet te hebben zorg gedragen dat een op zijn last op den openbaren weg in de kom van het dorp geplaatste wagen behoorlijk verlicht en van de gebruikelijke teekenen voorzien was;

O., dat het cassatiemiddel daarop is gegrond dat, ofschoon de beklaagde heeft verklaard, dat het terrein waarop hij gelast had zijn wagen te plaatsen, zijn eigendom is en voor zijne rekening en op zijn last is bestraat en mitsdien geene openbare weg is, de Kantonrechter tot de openbaarheid van het terrein besluit, zonder te beslissen of het terrein door den rechthebbende tot algemeen gebruik bestemd is geworden, zijnde van eene zoodanige bestemming van overheidswege niet gebleken;

O. dienaangaande, dat een weg „openbaar" is in den zin van art. 427 W. v. Strafr., wanneer hij door den daartoe gerechtigde, hetzij bijzonder persoon, hetzij openbaar gezag, tot algemeen gebruik bestemd is;

O., dat de Kantonrechter in het bestreden vonnis heeft overwogen: „dat uit de verklaringen der gehoorde „getuigen, voor zoover die op eigen waarneming „berusten, resulteert, dat de plaats, waar de beklaagde „last had gegeven zijn wagen te plaatsen, is bestemd „tot algemeen gebruik en mitsdien in den zin van „art. 427 W. v. Strafr. is openbare weg";

O., dat echter in het vonnis niets voorkomt waardoor aangeduid wordt door wien, naar het oordeel van den Kantonrechter, de bestemming tot algemeen gebruik aan de bedoelde plek gegeven is, zoodat niet blijkt, dat dit door den daartoe gerechtigde is geschied;

dat een onderzoek en beslissing op dit punt nood-

zakelijk waren, bij de verdediging door den beklaagde gevoerd, dat genoemd terrein zijn eigendom is en voor zijne rekening en op zijn last is bestraat en mitsdien geen openbare weg is;

O., dat derhalve des rechters uitspraak omtrent het bestemd zijn van bedoelde plek tot algemeen gebruik niet voldoende met redenen is omkleed;

O., dat mitsdien het voorgestelde middel is gegrond;

Vernietigt het vonnis door den Kantonrechter te Zutphen op 16 Oct. 1900 in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 der Wet op de R. O.:

Verwijst de zaak naar de Arr. Rechtbank te Zutphen, om op de bestaande dagvaarding te worden berecht en afgedaan.

§ 12.

FEITELIJKE BESLISSING. — WEDERRECHTELIJKE TOEËIGENING. — MOTIVEERING.

In de feitelijke beslissing van het bestreden arrest ligt opgesloten, dat de requirant bij het wegnemen der ten processe bedoelde, hem niet toebehoorende rijwielen, had het oogmerk om zich deze wederrechtelijk toe te eigenen.

Die feitelijke beslissing is, als berustende op wettige bewijsmiddelen, welker bewijskracht in cassatie niet kan worden onderzocht, naar eisch der wet met redenen omkleed.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Deze requirant heeft zijn beroep ingesteld tegen een arrest van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch van 3 October 1900 alleen voor zoover hij daarbij is veroordeeld; al wat ligt buiten de veroordeeling is

dus niet aan de kennisneming van den Hoogen Raad onderworpen, en daarom kan het eerste der bij pleidooi voorgestelde cassatiemiddelen: — Schending van art. 228 jo. art. 216 W. van Strafvord. omdat het Hof te onrechte den requirant niet-ontvankelijk verklaarde in zijn beroep voor zooverre gericht tegen de in het vonnis der Rechtbank vervatte vrijspraak — geen onderwerp van onderzoek in cassatie uitmaken.

Het tweede middel luidt: Schending van art. 221 W. v. Strafvord. in verband met de artt. 310 en 311 Wetb. van Strafr. en 407 Wetboek van Strafvord., omdat het Hof verzuimd heeft te motiveeren, op welke gronden het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening zoude steunen, althans te onrechte, daar toch de wet het „furtum usus" niet heeft willen strafbaar stellen, uit de enkele wegname op zich zelf heeft afgeleid het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening.

Dit middel stuit af op de in het aangevallene arrest voorkomende feitelijke beslissing dat door de aanwijzingen, voortvloeiende uit de getuigenverklaringen en uit de opgaven van beklaagden, deze laatste slechts genomen tegen ieder der beklaagden die ze deed — al die aanwijzingen beschouwd in onderling verband en samenhang — het wettig en overtuigend bewijs is geleverd dat de beklaagden in den nacht van 4 op 5 April ll. te zamen en in vereeniging te Breda in den winkel van W. J. v. D. met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening, twee rijwielen aan dezen v D. toebehoorende hebben weggenomen.

In een onderzoek naar de kracht der aanwijzingen kan de Hooge Raad immers niet treden.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 14 Jan. 1901.

De H. R. der Ned.

Op het beroep van J. S., oud 23 jaren, koopman, geboren te Menaldumadeel, wonende te 's-Gravenhage, gedetineerd te 's-Hertogenbosch, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 3 Oct. 1900, voor zoover hij daarbij is veroordeeld, — waarbij met vernietiging van het vonnis der Arr. Rechtbank te Breda van 24 Juli 1900, de requirant in hooger beroep werd schuldig verklaard aan „diefstal waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van inklimming door twee vereenigde personen" en, met toepassing van de artt. 310, 311, 4° en 5°, 27 W. v. Strafr., 214, 219, 239, 216, 227, 247 W. v. Strafvord. werd veroordeeld tot eene gevangenisstraf van drie jaren, met bevel tot zijne gevangenhouding, met bepaling dat de tijd sedert 14 April 1900 in voorloopige bewaring doorgebracht, voor het geheel in mindering der opgelegde gevangenisstraf zal worden gebracht, met last tot teruggave der stukken van overtuiging en met vrijspraak van het meer ten laste gelegde;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. LAMAN TRIP;

Gelet op de middelen van cassasie, namens den req. voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending van art. 228 in verband met art. 216 W. v. Strafvord., omdat het Hof ten onrechte den requirant niet-ontvankelijk-verklaarde in zijn beroep, voor zooverre gericht tegen de in het vonnis der Rechtbank vervatte vrijspraak;

II. Schending van art. 221 W. v. Strafvord. in verband met de artt. 310 en 311 W. v. Strafr. en 407 W. v. Strafvord., omdat het Hof verzuimd heeft

te motiveeren, op welke gronden het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening zoude steunen, althans ten onrechte, daar toch de wet het „furtum usus" niet heeft willen strafbaar stellen, uit de enkele wegname op zich zelf heeft afgeleid het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie strekkende enz.;

O., dat het eerste middel van cassatie buiten onderzoek moet blijven, omdat requirant beroep in cassatie heeft aangeteekend tegen het arrest van het Gerechtshof „alleen voor zooverre hij daarbij is veroordeeld";

dat dit beroep dus niet betreft de beslissing van het Hof, waarbij requirant niet-ontvankelijk is verklaard in zijn hooger beroep tegen dat gedeelte van het vonnis der Rechtbank, waarbij hij was vrijgesproken, zoodat deze beslissing niet aan de kennisneming van den Hoogen Raad is onderworpen;

O. omtrent het tweede middel van cassatie:

dat in het bestreden arrest is beslist, dat door de aanwijzingen voortvloeiende uit de verklaringen der getuigen en de opgaven der beklaagden, — deze laatste slechts genomen tegen ieder der beklaagden die ze deed — al die aanwijzingen beschouwd in onderling verband en samenhang — het wettig en overtuigend bewijs is geleverd, dat requirant en een medebeklaagde „in den nacht van 4 op 5 April ll. samen en in „vereeniging te Breda in den winkel van W. J. v. D. „met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening „twee rijwielen, aan dezen v. D. toebehoorende, hebben „weggenomen, waarbij zij zich den toegang tot dien „winkel hebben verschaft en de rijwielen onder hun „bereik hebben gebracht, doordat beiden zijn — althans „een hunner — is binnengeklommen langs een tui-

„melraam van een aan de openbare straat gelegen deur „van dien winkel; dat toch, waar zooals in casu door „wettige bewijsmiddelen is gebleken, dat beide be- „klaagden hebben gehandeld in gemeen overleg en in „vereeniging ter volvoering van hun gemeenschappe- „lijk voornemen, de verzwarende omstandigheid van „inklimming, al is die door één hunner gepleegd, aan „beide beklaagden behoort te worden geïmputeerd";

dat daarbij dus mede is beslist, dat requirant bij het wegnemen der rijwielen het oogmerk had zich die wederrechtelijk toe te eigenen;

dat de verklaringen der getuigen en de opgave van den requirant als beklaagde voor zooveel hem zelven betreft, waardoor het Hof dit als bewezen heeft aangenomen, in het arrest zijn vermeld, en de beslissing dus met redenen is omkleed, terwijl de wet niet vordert afzonderlijke motiveering van elk bestanddeel van een strafbaar feit;

dat, nu de beslissing van het Hof was gegrond op wettige bewijsmiddelen, de vraag of die bewijsmiddelen voldoende kracht hadden tot het vestigen van de overtuiging van den rechter, — dus de waarde en kracht dier bewijsmiddelen — niet in cassatie kan worden onderzocht, maar ter beoordeeling is overgelaten aan den rechter die over de feiten beslist;

O., dat het tweede cassatiemiddel dus niet gegrond is;

Verwerpt het beroep in cassatie.

§ 13.

DAGVAARDING (UITLEGGING DER). — MOTIVEERING.

Volgens 's rechters feitelijke opvatting der dagvaarding bevatte zij geen alternatieve aanklacht, zoodat het op de onderstelling van het tegendeel rustende middel niet tot cassatie kan leiden.

Cassatie van het bestreden vonnis a's niet naar eisch der wet met redenen omkleed ten aanzien van een der bestanddeelen van de overtreding, waaraan de req. is schuldig verklaard.

Conclusie van den Adv.-Gen NOYON:

De requirant is veroordeeld ter zake van het te Ilpendam in een koffiehuis voor het publiek gelegenheid tot dansen geven zonder vergunning van den Burgemeester.

Als eerste middel van cassatie stelt hij voor: Verkeerde toepassing althans schending van artikel 4 juncto artikel 1 der eerste afdeeling der verordening ter bevordening der openbare orde in de gemeente Ilpendam in verband met de artikelen 27 en 28 der wet van 25 April 1886, Stbl. 64, van de artikelen 211, 216, 253 van het Wetboek van Strafvordering en art. 47 van het Wetboek van Strafrecht door te beslissen dat de ten laste gelegde feiten zijn gepleegd door beklaagde.

Volgens de toelichting is de beteekenis van dit middel dat niet de beklaagde koffiehuishouder, maar eene vereeniging te wier beschikking hij zijn lokaal had gesteld, feitelijk de gelegenheid tot dansen gaf. Maar de Kantonrechter heeft in factis uitgemaakt dat de requirant gelegenheid tot dansen heeft gegeven door hetgeen te zijnen laste is bewezen verklaard; hierop moet het middel afstuiten.

Het tweede middel luidt: Verkeerde toepassing althans schending van de bij het vorige middel aangehaalde artikelen van de daar mede aangehaalde verordening in verband met de daar eveneens aangehaalde der wet van 25 April 1886, Stbl. 64 en van de artt. 211, 216 en 253 van het Wetboek van

Strafvord. door te beslissen dat de ten laste gelegde feiten zijn strafbaar.

Dit middel berust ten deele op de beschouwing dat het toegepaste artikel der verordening van Ilpendam, verbiedende dat „voor het publiek muziek of zang uitgevoerd of gelegenheid tot dansen of eenige vertooning van welken aard ook gegeven wordt", op het geven van gelegenheid tot dansen alleen dan toepasselijk is, wanneer het publiek in de gelegenheid gesteld wordt te dansen, niet ook wanneer ten aanschouwen van het publiek gedanst wordt.

Maar hiermede wordt geene beslissing van den Kantonrechter aangetast. Hij stelt zich de vraag niet of het lokaal waar gedanst werd, maar of de gelegenheid tot dansen voor het publiek toegankelijk was en beslist dat de omstandigheden waarop de requirant zich beroept aan de door dezen gegeven gelegenheid tot dansen, niet het karakter van toegankelijkheid voor het publiek kunnen ontnemen. Hiermede is uitgemaakt dat de gelegenheid tot dansen voor het publiek was opengesteld, dat het publiek gelegenheid kreeg tot deelneming aan den dans, niet dat het alleen maar mocht toezien bij het dansen waartoe eene beperkte gelegenheid was gegeven

In de tweede plaats wordt het middel ondersteund met de bewering dat toelaten van dansen nog niet is gelegenheid geven tot dansen, zooals door den Kantonrechter wordt aangenomen. De requirant acht het eerste te zijn iets passiefs, het tweede een actief optreden.

Deze onderscheiding zou juist zijn indien gelegenheid geven tot dansen, alleen kon beteekenen aanleggen van eene danspartij; maar het begrip is veel ruimer en omvat ook zoowel het bedrijf van hem die het dansen door degenen die zich in zijn lokaal

bevinden, niet tegengaat, als van hem die zijn lokaal in het bijzonder voor dansen openstelt. Ook dit middel is dus ongegrond.

Als derde middel is gesteld: Verkeerde toepassing, althans schending van de artikelen 211, 216, 221, 253 van het Wetboek van Strafvordering door, waar in de dagvaarding alternatieve feiten zijn te laste gelegd, in het vonnis de te laste gelegde feiten bewezen te verklaren terwijl deze elkaar uitsluiten.

Indien het juist is wat ik met betrekking tot het tweede middel betoogde, dat toelaten van dansen valt onder gelegenheid geven tot dansen, dan is er geene alternatieve telastlegging, maar alleen nadere opgave van den vorm waarin gelegenheid tot dansen is gegeven.

In elk geval is de dagvaarding door den Kantonrechter in dezen zin opgevat, blijkens zijne beslissing dat de requirant, door toe te laten, gelegenheid gegeven heeft, in verband met de beslissing dat alzoo de feiten zoo als die in de dagvaarding omschreven zijn wettig en overtuigend zijn bewezen. Het middel beweegt zich dus werkelijk op het gebied van uitlegging der dagvaarding dat de Hooge Raad nooit heeft willen betreden.

Het vierde en laatste middel is aldus geformuleerd: Verkeerde toepassing, althans schending van de artt. 211, 221, 253, 391 en 392 van het Wetboek van Strafvordering doordat het vonnis niet inhoudt door welke wettige bewijsmiddelen het wettig en overtuigend bewijs is verkregen van de omstandigheden, waaruit wordt afgeleid dat de gelegenheid tot dansen voor 't publiek toegankelijk was.

Dit middel komt mij gegrond voor. Wel is door een voorgelezen proces-verbaal in het bijzonder bewezen verklaard dat in des requirants lokaal werd

gedanst zonder dat vergunning tot het geven van gelegenheid tot dansen aan het publiek was verleend, doch daarna moest o.a. nog bewezen worden dat de gegevene gelegenheid zich tot het publiek uitstrekte; en hiertoe wordt enkel weerlegd hetgeen door den requirant was aangevoerd, en zulks met omstandigheden die gezegd worden ten processe gebleken te zijn zonder dat vermeld wordt waardoor zij zijn gebleken.

Men zou de vraag kunnen stellen of het enkele ontzenuwen van de verdediging wel in de plaats kan treden van het positieve bewijs van een der elementen eener overtreding; in elk geval is de bewezenverklaring hier niet gesterkt door de opgave der bewijsmiddelen.

Ik concludeer derhalve tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en verwijzing van de zaak naar de Arrondissements-Rechtbank te Haarlem ter afdoening op de bestaande dagvaarding.

Arr. H. R. van 14 Jan. 1901:

De H. R. der Ned,

Op het beroep van J. B. Jr., oud 51 jaren, logement- en koffiehuishouder, geboren en wonende te Ilpendam, req. van cassatie tegen een vonnis van het Kantongerecht te Purmerend van 25 Oct. 1900, waarbij de req werd schuldig verklaard aan het„ te Ilpendam in een koffiehuis gelegenheid tot dansen geven zonder vergunning van den Burgemeester" en, met toepassing van de artt. 4 jo. 1 der eerste Afd. van de Verord. houdende bepalingen tot bevordering der openbare orde in de gemeente Ilpendam van 1 Maart 1876, 23, 56 W. v. Strafr., 27, 28 der wet van 15 April 1886 (Stbl. No.64); 211, 214, 215, 253, 400 en 401 W. v. Strafvord., werd veroordeeld tot betaling eener

geldboete van f 15.—, ingeval van wanbetaling te vervangen door hechtenis van 5 dagen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. LAMAN TRIP;

Gelet op de middelen van cassatie, door den req. voorgesteld bij memorie:

1°. Verkeerde toepassing, althans schending van art. 4 jo. 1 der eerste Afd. der Verord. ter bevordering der openbare orde in de gemeente Ilpendam, in verband met de artt. 27 en 28 der wet van 25 April 1886 (Stbl. No. 64), van de artt. 211, 216, 253 W. v. Strafvord. en art. 47 W. v. Strafr. door te beslissen, dat de ten laste gelegde feiten zijn gepleegd door beklaagde;

2°. Verkeerde toepassing, althans schending van de bij het vorige middel aangehaalde artikelen van de daarmede aangehaalde verordening, in verband met de eveneens daar aangehaalde artikelen der wet van 25 April 1886 (Stbl. No. 64) en van de art. 211, 216 en 253 W. v. Strafvord. door te beslissen, dat de ten laste gelegde feiten zijn strafbaar;

3°. Verkeerde toepassing, althans schending van de artt. 211, 216, 221, 253 W. v. Strafvord., door, waar in de dagvaarding alternatieve feiten zijn ten laste gelegd, in het vonnis de ten laste gelegde feiten bewezen te verklaren, terwijl deze elkander uitsluiten;

4°. Verkeerde toepassing, althans schending van de artt. 211, 221, 253, 391 en 392 W. v. Strafvord., doordat het vonnis niet inhoudt door welke wettige bewijsmiddelen het wettig en overtuigend bewijs is verkregen van de omstandigheden, waaruit wordt afgeleid, dat de gelegenheid tot dansen voor het publiek toegankelijk was;

Gehoord den Adv.-Gen. Noyon, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat in de memorie van cassatie tot toelichting van het derde middel wordt betoogd, dat bij dagvaarding wordt ten laste gelegd primair het gelegenheid geven, subsidiair het toelaten, en dat aangezien de Kantonrechter de ten laste gelegde feiten bewezen verklaart, niet blijkt welk van beide wordt bedoeld, en dit van belang is daar het subsidiair ten laste gelegde niet strafbaar zou zijn;

O, dat den requirant bij dagvaarding is ten laste gelegd: „dat hij in de gemeente Ilpendam op 24 Juni „1900, des namiddags omstreek $7^3/_4$ ure en te om„streeks $9^1/_2$ ure op de bovenzaal van het door hem „bewoonde en gehouden koffiehuis »Bondscafé" gelé„genheid heeft gegeven tot het houden van een dans„partij, althans heeft toegestaan, dat aldaar verschei„dene mannen en vrouwen onder begeleiding van „muziek met elkander dansten, terwijl aldaar aan het „publiek toegang werd verleend, zonder daartoe toe„stemming van den Burgemeester te hebben bekomen"; en de Kantonrechter „de feiten zooals die in de „dagvaarding zijn omschreven" wettig en overtuigend bewezen verklaart, na te hebben overwogen „dat de „beklaagde door toe te laten dat in zijn koffiehuis „muziek werd gemaakt en gedanst, de in deze aanspra„kelijke persoon is en de gelegenhheid tot dansen „heeft gegeven";

dat daarbij dus is beslist, dat beklaagde de gelegenheid tot dansen gaf door toe te staan dat aldaar werd gedanst;

dat aldus opgevat de dagvaarding niet inhoudt alternatieve feiten die elkander uitsluiten, doch slechts één feit op twee tijdstippen gepleegd, hetwelk geheel

is bewezen verklaard, en die uitlegging der dagvaarding feitelijk is en in cassatie vaststaat;

dat derhalve de grief in dit middel niet tot cassatie kan leiden;

O., dat het vierde middel van cassatie hierop berust, dat uit het vonnis niet blijkt uit welke wettige bewijsmiddelen het bewijs is verkregen, dat de gelegenheid tot dansen voor het publiek toegankelijk was;

O., dat in het bestreden vonnis wordt overwogen, dat door de ambtseedige processen-verbaal in verband en samenhang beschouwd met de ambtseedige verklaring van den Burgmeeester van Ilpendam, alle in het vonnis opgenomen, bewezen is „dat op de tijdstippen bij de dagvaarding vermeld, op de bovenzaal „van het koffiehuis van beklaagde te Ilpendam een „aantal mannen en vrouwen onder begeleiding van „muziek met elkander hebben gedanst, zonder dat „door dien Burgemeester aan den beklaagde vergunning was gegeven om in zijn koffiehuis aan het publiek gelegenheid tot dansen te geven";

dat de Kantonrechter verder overweegt: dat nog te onderzoeken valt of de gelegenheid tot dansen voor het publiek toegankelijk was; en voorts: dat „de ten processe gebleken omstandigheden, dat de buitendeur van „het koffiehuis van den beklaagde, welke toegang tot de „dansgelegenheid gaf, openstond, de beklaagde niet „altijd aanwezig was om de introductiekaarten te „controleeren en zelfs zeer jeugdige personen op de „bovenzaal aanwezig waren, voldoende aantoonen, dat „de introductie waarop beklaagde zich beroept, niet „anders is geweest als eene poging om het verbod „van den Burgemeester van Ilpenpam en der verordening dier gemeente te ontduiken en aan de door „den beklaagde gegeven gelegenheid tot dansen *niet*

„het karakter van voor het publiek toegankelijk te zijn „kon ontnemen";

O., dat in het vonnis niet wordt opgegeven door welke bewijsmiddelen die omstandigheden ten processe zijn gebleken, noch in eenig opzicht uit het vonnis blijkt, op welke bewijsmiddelen als bewezen is aangenomen, dat de gelegenheid tot dansen „voor het publiek" werd gegeven, hetgeen volgens het toegepaste art. 4 der eerste Afd. van de Gemeenteverordening van Ilpendam van 1 Maart 1876 is een bestanddeel der overtreding van dat artikel;

dat het vonnis dus ten aanzien van dit bestanddeel der overtreding niet genoegzaam met redenen is omkleed, waardoor is geschonden art. 221 W. v. Strafv., in verband met de artt. 223 en 253 van dat Wetboek;

dat derhalve het vierde middel van cassatie gegrond is, en het eerste en tweede middel buiten onderzoek kunnen blijven;

Vernietigt het vonnis door den Kantonrechter te Purmerend den 25 Oct. 1900 in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 der Wet op de R. O.:

Verwijst de zaak naar de Arr. Rechtbank te Haarlem, om op de bestaande dagvaarding opnieuw te worden berecht en afgedaan.

§ 14.

VENNOOTSCHAP (NAAMLOOZE) IS EEN ZELFSTANDIG SUBJECT VAN RECHTEN. — AANDEELHOUDERS. — RECHTSBETREKKINGEN TUSSCHEN DE AANDEELHOUDERS EN DE VENNOOTSCHAP.

De naamlooze vennootschap is een zelfstandig subject van rechten, geheel afgescheiden van de personen harer aandeelhouders.

Uit de artt. 40 — 43 W. v. K. immers volgt, dat de naamlooze vennootschap is eene verzameling van kapitalen, waarbij de namen der houders van de afzonderlijke aandeelen onverschillig zijn.

Indien de naamlooze vennootschap met derden overeenkomsten sluit, ontstaat tusschen dezen en de individueele aandeelhouders geen rechtsbetrekking.

Wel zijn tusschen de aandeelhouders en de vennootschap rechtsbetrekkingen denkbaar zoowel wegens de overeenkomsten, die zij met de vennootschap kunnen sluiten als wegens de rechten en verplichtingen, die uit hunne verhouding voortvloeien, zooals de verplichting tot storting en het recht om dividend te ontvangen.

Zoo men de verhouding der bestuurders tot de vennootschap al kan aanmerken als voortvloeiende uit eene overeenkomst van lastgeving, valt hier alleen te denken aan eene lastgeving door de gezamenlijke aandeelhouders overeenkomstig de statuten verstrekt, waarbij de mogelijkheid niet is uitgesloten, dat eene minderheid van aandeelhouders door de meerderheid overstemd wordt.

Art. 40 W. v. K. schept niet eene aansprakelijkheid der aandeelhouders tegenover derden, maar verplicht hen alleen tot volstorting hunner aandeelen tegenover de vennootschap.

Uit dit een en ander volgt, dat, waar sprake is van eene verplichting der vennootschap, die vóór de oprichting nog niet bestond en dus geen partij kon zijn bij de akte van oprichting, het niet voldoen aan die verplichting nooit grond kan opleveren om uit kracht der art. 1301 en 1302 B. W. ontbinding der overeenkomst van oprichting te vorderen.

Conclusie van den Adv.-Gen. Gregory:

Slechts één middel van cassatie is ten deze voorgesteld, namelijk:

„Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1301 1302, 1655, 1660, 1690 Burgerlijk Wetboek, 1, 14, 15, 36. —40 Wetb. van Koophandel art. 5, 2° Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, omdat het Hof heeft geweigerd te ontvangen de actie, door den Vennoot tegen de Naamlooze Vennootschap ingesteld, tot ontbinding der overeenkomst, houdende oprichting van vennootschap, wegens wanpraestatie, bestaande in het niet praesteeren der overeengekomen aandeelen tegen den overeengekomen en volbrachten inbreng, daarbij voorbijziende, eensdeels, dat het oprichten eener naamlooze vennootschap niet is het scheppen van eene, afgezonderd van de oprichters, zelfstandig bestaande instelling of persoonlijkheid, doch is het te samen overeenkomen van al die societaire verhoudingen, welke door de bedingen der overeenkomst worden uitgedrukt en bedoeld, en anderdeels. dat waar de naamlooze vennootschap gedagvaard wordt, niet wordt gedagvaard iets of iemand anders dan de vennooten-contractanten, doch inderdaad die vennooten in hunne societaire verhouding, gelijk, naar art. 5, 2° Rechtsvordering, elke maatschap, welke ook, eischend en verwerend optreedt."

Bij de pleidooien heeft de strijd tusschen partijen voornamelijk geloopen over de vraag, of de naamlooze vennootschap is een *rechtspersoon* ja, dan neen. Ook mij komt het voor dat die vraag ten deze beslissend is. Wat mij betreft, zoo meen ik mij te moeten scharen bij hen, die in de naamlooze vennootschap een *rechtspersoon* zien. Ik weet dat ik daarbij tegen mij heb de groote autoriteit van Mr KIST (Handelsrecht, uitgave van 1870 III bl. 302 vlg. Maar met de wet in de hand kan ik tot geen ander besluit komen. Bij een naamlooze vennootschap toch

bestaat, naar art. 40 Wetb. van Kooph, het kapitaal uit de vereeniging van aandeelen, terwijl de houders dier aandeelen niet verder aansprakelijk zijn dan voor het volle beloop daarvan. Juist deze beperking van de aansprakelijkheid der aandeelhouders, ieder slechts tot het volle beloop van zijn aandeel, toont m. i. ten duidelijkste aan, dat het vermogen, waarover de naamlooze vennootschap beschikt, niet is dat der vereenigde aandeelhouders, maar het *eigen* vermogen der vennootschap *zelve*, m. a. w. dat de naamlooze vennootschap is een *rechtspersoon*. In overeenstemming daarmede ontleent zij dan ook, volgens art. 36 W. v. K, hare benaming alleen aan het *voorwerp* harer handelsonderneming. Over die beperkte aansprakelijkheid der aandeelhouders leze men nog de Memorie van Toelichting der Regeering bij *Voorduin* VIII bl. 171. En verder zij verwezen naar art. 2 laatste lid der Faillissementswet van 30 Sept. 1893 (Stbl. 140), waar men aldus leest: „Ten aanzien van *naamlooze vennootschappen*, wederkeerige verzekering- of waarborgmaatschappijen, coöperatieve of *andere, rechtspersoonlijkheid bezittende*, vereenigingen," enz.

Zoover ik heb kunnen nagaan, wordt dan ook deze meening vrijwel algemeen door de Nederlandsche schrijvers als de juiste aangenomen. Ik noem HOLTIUS, Handelsrecht, Utrecht 1861, ad art. 36 W. v. K. bl. 130 vlgg. MOLENGRAAFF, Leiddraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht, Haarlem 1899, bl. 88 vlgg. Mr. T. M. C. ASSER schets van het Nederlandsch Handelsrecht, Haarlem 1889, bl. 40 vlgg. Mr. C. ASSER, Handleiding *I*, 2e druk, bl. 525 en 543 vlgg. DIEPHUIS, Syst *I*, bl. 403 vlgg. en Handelsrecht *I*, bl. 77 vlgg. LAND, verklaring van het Burgelijk Wetboek, *I*. bl 505 vlgg. en 539 en GOUDSMIT, Pan-

deckten Systeem *I*,bl. 64 .Bij eene naamlooze vennootschap dient men twee zaken wél van elkander te onderscheiden, namelijk de vennootschap *zelve* en het *contract*, waarbij zij is opgericht. Dit onderscheid betreft allereerst het wezen der zaak, en verder de *personen*, als subjecten der handeling. Het contract och, waarbij de naamlooze vennootschap is in het even getreden, is niet die vennootschap *zelve*: zij is niet anders dan de *bron*, waaruit deze is ontstaan. En na verloop van eenigen tijd kunnen de aandeelhouders eener naamlooze vennootschap geheel *andere* personen zijn dan die, welke het contract hebben gesloten, waaruit de vennootschap geboren is.

Nu is ten deze, gelijk uit de feitelijke beslissing van het bestreden arrest is gebleken, de vordering ingesteld tegen de *naamlooze vennootschap*, terwijl zij, mede blijkens die feitelijke beslissing, strekt tot ontbinding, wegens wanpraestatie, van het *contract*, waarbij de vennootschap is opgericht. Deze laatste kon dus tegen de vordering aanvoeren de exceptie: *tibi non contra me competit haec actio*. Bovendien al kon de vordering tegen de naamlooze vennootschap ontvankelijk worden geacht, des neen — zoo zou er toch — gelijk in het bestreden arrest terecht wordt beslist — van wanpraestatie van de zijde der contractanten geen sprake kunnen zijn, omdat deze zich wel hebben verbonden om de naamlooze vennootschap in het leven te roepen, maar niet op zich hebben genomen zich met de levering der aandeelen te belasten.

Ik houd derhalve het middel voor ongegrond en heb daarom de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischeresse in de kosten.

Arrest H. R. van 18 Jan. 1901.

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken:

Overwegende, dat tegen het op 12 Jan. 1900 door het Gerechtshof te Amsterdam tusschen partijen gewezen arrest als middel van cassatie is voorgesteld: Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1301, 1302, 1655, 1660, 1690 B. W., 1, 14, 15, 36—40 W. v. K., 5, 2°, W. v. B. R., omdat het Hof heeft geweigerd te ontvangen de actie, door den Vennoot tegen de Naamlooze Vennootschap ingesteld tot ontbinding der overeenkomst houdende oprichting van vennootschap wegens wanpraestatie, bestaande in het niet praesteeren der overeengekomen aandeelen, tegen den overeengekomen en volbrachten inbreng; daarbij voorbijziende, eensdeels dat het oprichten eener naamlooze vennootschap niet is het scheppen van eene afgezonderd van de oprichters zelfstandig bestaande instelling of persoonlijkheid, doch is het te zamen overeenkomen van al die societaire verhoudingen, welke door de bedingen der overeenkomst worden uitgedrukt en bedoeld, — en anderdeels, dat, waar de naamlooze vennootschap gedagvaard wordt, niet wordt gedagvaard iets of iemand anders dan de vennooten-contractanten, doch inderdaad die vennooten in hunne societaire verhouding, gelijk naar art. 5, 2°, W. v. B. R. elke maatschap welke ook, eischend en verweerend optreedt;

O. daaromtrent:

dat de tegenwoordige eischeres heeft gesteld, dat nu wijlen haar echtgenoot met drie andere personen bij notarieele akte van 23 Juli 1895 heeft opgericht de naamlooze vennootschap „de Hoop", waarin door hem

voor 90 aandeelen werd deelgenomen, terwijl de storting daarop geschiedde door inbreng van diverse vaste goederen; dat zij zoo voor zich als in qualiteit van voogdes over hare kinderen als rechthebbende op die aandeelen, de genoemde naamlooze vennootschap heeft gesommeerd deze aandeelen af te geven, haar wegens de niet afgifte heeft ingebreke gesteld, en haar vervolgens heeft gedagvaard met eisch, op grond van wanpraestatie, tot ontbinding met schadevergoeding van de overeenkomst houdende oprichting der vennootschap; dat het vonnis van de Arr. Rechtbank te Amsterdam, waarbij de eischeres in die vordering is niet-ontvankelijk verklaard, bij het beklaagde arrest is bevestigd, op grond, dat de aangevallen overeenkomst is eene wederkeerige, met zich brengende voor de oprichters-contractanten wederzijdsche verplichtingen, aan welke is voldaan, zoodat te dien aanzien geene wanpraestatie kan worden ten laste gelegd; dat zij verder inhoudt de regelen, die voor de vennootschap moeten gelden; dat echter het nakomen van deze bepalingen, waaronder de uitgifte van aandeelen en het afgeven daarvan aan de rechthebbenden kunnen worden gerekend, niet behoort tot de verplichtingen door partijen op zich genomen, maar wordt de taak van de vennootschap, zoodat bij niet voldoen daaraan, de ontbinding der overeenkomst niet kan worden gevorderd, omdat partijen voor de afgifte der aandeelen niet hadden zorg te dragen;

O. alsnu met betrekking tot het voorgestelde middel van cassatie: dat eene naamlooze venoootschap is een zelfstandig subject van rechten, geheel afgescheiden van de personen harer aandeelhouders;

dat toch uit de artt. 40—43 W. v. K. volgt, dat de naamlooze vennootschap is eene verzameling van

kapitalen, waarbij de namen van de houders der afzonderlijke aandeelen onverschillig zijn;

dat al zijn de namen der oorspronkelijke oprichters uit de openbaar te maken akte van oprichting bekend, dit met de volgende houders niet het geval behoeft te wezen, en zelfs, indien het bedrag der aandeelen ten volle gestort is, aandeelen in blanco uitgegeven kunnen worden;

dat, waar alzoo zelfs de namen niet bekend zijn, niet kan worden aangenomen, dat, indien de vennootschap met derden overeenkomsten sluit, er tusschen dezen en de individueele aandeelhouders eenige rechtsbetrekking zoude ontstaan;

dat integendeel tusschen de aandeelhouders en de vennootschap wel rechtsbetrekkingen denkbaar zijn, zoowel wegens de overeenkomsten, die zij met de vennootschap kunnen sluiten, als wegens de rechten en verplichtingen, die uit hunne verhouding voortvloeien, zooals de verplichting tot storting en het recht om dividenden te ontvangen,

dat, zoo men de verhouding der bestuurders tot de vennootschap al kan aanmerken als een contract van lastgeving, hier niet te denken valt aan eene lastgeving door iederen aandeelhouder afzonderlijk bij de oprichting gegeven aan de bestuurders, die als zoodanig bij de oprichting geene partijen waren; maar aan eene lastgeving door de gezamelijke aandeelhouders overeenkomstig de Statuten verstrekt, waarbij de mogelijkheid niet is uitgesloten, dat eene minderheid van aandeelhouders door de meerderheid overstemt wordt;

dat zoo dan ook art. 40 W. v. K. de vennooten aansprakelijk stelt voor het beloop hunner aandeelen, dit niet kan beteekenen eene aansprakelijkheid

tegenover derden, maar eene verplichting tot volstorting hunner aandeelen tegenover de vennootschap;

dat deze beschouwing bevestigd wordt door art. 567. no. 4 B. W., omdat, indien de aandeelhouders zoolang de vennootschap (in het artikel met den minder juisten naam van gemeenschap aangeduid) duurt, te beschouwen zouden zijn als medeeigenaars der onroerende goederen, aan de vennootschap toebehoorende, de aandeelen onmogelijk als roerende zaken zouden kunnen worden aangemerkt;

dat uit een en ander volgt, dat in de onderhavige zaak, waar sprake is van eene verplichting der vennootschap zelve, die voor de oprichting nog niet bestond, en dus geene partij bij de akte kon zijn, indien aan die verplichting niet wordt voldaan, deze omstandigheid er nooit toe zou kunnen leiden om, met toepassing van de artt. 1301 en 1302 B, W. de ontbinding van de overeenkomst van oprichting uit te spreken;

dat het middel derhalve is ongegrond;

Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt de eischeres in de kosten.

§ 15.

EED (BESLISSENDE). INTERLOCUTIE.

De rechtsregel, dat het interlocutoir den rechter niet bindt, geldt in ons recht niet zonder uitzondering, daar de rechter, uit den aard der zaak niet kan terugkomen op een interlocutoir, waarbij hij een door eene der partijen aan de wederpartij opgedragen eed beslissend heeft verklaard en dien, als niet teruggewezen,

aan de wederpartij heeft opgelegd.

De beslissende eed is een formeel bewijsmiddel, waarvan de beslissing van het geding afhankelijk is gesteld, zoodat de partij die, om welke redcn ook, weigert den haar opgelegden eed af te leggen, in het ongelijk moet worden gesteld, waarbij de vorm van de oplegging bij interlocutoir, of voorwaardelijk eindvonnis, onverschillig is.

Conclusie van den Proc. Gen. Polis:

Bij vonnis van den Kantonrechter te 's Gravenhage van 10 Oct. 1898 werd de handelsvennootscbap, die thans als eischeres van cassatie optreedt, veroordeeld om aan den nu verweerder te betalen de som van *f* 101, als aan den verweerder *perresto* verschuldigd voor salaris hem als kantoorbediende, krachtens overeenmet de eischeresse, toekomende.

Dat vonnis werd bij verstek gewezen. Daartegen kwam de eischeresse in verzet en zij ontkende nu het gevorderde verschuldigd te zijn, waarop de verweerder haar een eed opdroeg. Ten opzichte van dien eed refereerde de eischeresse zich aan s' rechters oordeel en de Kantonrechter, oordeelende dat de opgedragen eed beslissend was, legde bij vonnis van 20 Febr. 1899 alvorens ten principale te beslissen, *aan ieder der vennooten* van de vennootschap op, dien eed te zweren. De eed werd afgelegd door een der vennooten (B,) doch de andere (den H.) weigerde dit te doen, bewerende niet persoonlijk met den verweerder gehandeld te hebben. Niettemin werd de eischeres door den Kantonrechter bij vonnis van 31 Maart 1899 verklaard goed opposante tegen het bij verstek gewezen vonnis en van de tegen haar bij dat vonnis uitgesproken veroordeeling ontheven, zulks op grond, dat, nu de

vennoot B. de eed had afgelegd, de weigering van den vennoot den H. niet mogt aangemerkt worden als bewijs van de door den nu verweerder gestelde feiten, omdat de eed met betrekking tot dien vennoot niet liep over door dezen persoonlijk verrichte daadzaken. In appel werd dit vonnis door de Rechtbank vernietigd, de eischeresse verklaard kwaad opposante en bevolen dat het bij verstek gewezen vonnis effect zal sorteren, werd dus de bij het verstek-vonnis uitgesproken veroordeeling der nu eischeres tot betaling van het door den nu verweerder gevorderde gehandhaafd. De Rechtbank is van oordeel dat waar geene der partijen van het vonnis, waarbij de eed was opgelegd, is gekomen in hooger beroep, en partijen alzoo in dit vonnis hebben berust, het daarbij besliste voor haar als recht moet gelden, dus de vraag, of de eed terecht beslissend is verklaard, en of deze terecht aan beide firmanten werd opgelegd, niet meer kan worden gesteld, tusschen partijen vaststond, dat de al of niet toewijzing van des nu verweerders vordering afhankelijk was van het al of niet afleggen van den eed, de beslissing daaromtrent dus niet meer afhing van den Kantonrechter en deze dus, nu een der vennooten den eed, die aan beide was opgedragen, geweigerd had, aan den verweerder zijne vordering had moeten toewijzen,

Het, middel waarbij de artt, 46 3o, 246, 337 339 Rv., 1962, 1963 en 1903 B.W. heeten te zijn geschonden, steunt op de stelling, dat de Kantonrechter niet gebonden was door zijn interlocutoir vonnis van 20 Febr. 1899, maar, de onjuistheid daarvan in ziende, gerechtigd was dit bij zijne einduitspraak te doen vervallen.

Ik houd dat voor onjuist.

Eene eeds oplegging als hier heeft plaats gehad *al-*

vorens ten principale te beslissen is niet eene interlocutie, *waardoor de rechter niet gebonden is*, maar eene, zoolang zij door den hoogeren rechter niet is vernietigd, van krachtblijvende uitspaaak over het beslissende karakter van den eed en het recht om dien ter beslissing der zaak op te dragen aan hem of hen aan wie dit gedaan is. En dat waar een decisoire eed is opgelegd en niet teruggewezen, het voor de de beslissing der zaak alleen aankomt op de vraag of die eed zooals hij is opgelegd en door hen aan wie hij is opgelegd, afgelegd of geweigerd is, en niet op de redenen die voor de weigering zijn aangevoerd, dat volgt, meen ik duidelijk uit art. 1969 B. W., op welke wetsbepaling en op art. 1962. m. e. het voorgestelde middel moet afstuiten.

Men zie overigens Mr. Rh. Feith, de decis oire eed pag. 290 en volg. en pag. 307 en volg, en het arrest van 6 Jan. 1899. Rechtspr. Dl. 181 § 5 pag, 75.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van de eischeresse in de kosten.

Arrest H. R., van 18 Janurai 1901.

De H. R., der Ned,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie.

Gezien de stukken;

Overwegende, dat in dit geding over verschuldigd salaris als kantoorbediende de Kantonrechter te 'sGravenhage bij vonnis van 20 Februari 1899 aan ieder der beide vennooten van de oorspronkelijke gedaagde, nu eischende, handelsvennootschap onder de firma den H. — B. en Co. heeft opgelegd een aan deze door den oorspronkelijken eischer, thans verweerder, opgedragen beslissenden eed, ten aanzien van welken de tegenwoordige eischeresse zich had gerefereerd

aan 's Kantonrechters oordeel;

dat die eed door den firmant B. is afgelegd, doch dat de firmant den H., heeft geweigerd dien eed af te leggen, op grond dat hij niet persoonlijk met den tegenwoordigen verweerder had gehandeld;

dat de Kantonrechter op dezen grond bij vonnis van 31 Maart 1899 heeft geoordeeld, dat de weigering van den firmant den H. om den eed af te leggen niet mocht worden aangemerkt als bewijs van de door den oorspronkelijken eischer gestelde feiten, en nu de eed door den firmant B. was afgelegd, de door de tegenwoordige eischeresse gestelde feiten als bewezen behoorden te worden aangenomen, en dientengevolge de tegenwoordige eischeresse heeft ontheven van de oorsponkelijke tegen haar bij verstek uitgesproken veroordeeling;

O., dat de tegenwoordige verweerder van vermeld vonnis van 31 Maart 1899 is gekomen in hooger beroep, en dat de Arr. — Rechtbank te 's Gravenhage bij vonnis van 11 April 1900 laatstgemeld vonnis van den Kantonrechter heeft vernietigd en diens oorspronkelijk bij verstek gewezen vonnis heeft gehandhaafd, hoofdzakelijk op grond:

dat nu geen der partijen van het vonnis van den Kantonrechter van 20 Februari 1899 was gekomen in hooger beroep en partijen alzoo in dit vonnis hadden berust, de vraag of de eed te recht beslissend was verklaard en te recht aan beide de firmanten werd opgelegd, niet meer kon worden gesteld, daar het oordeel van den Kantonrechter was vastgelegd, en de toe — of afwijzing van de vordering niet meer van den Kantonrechter afhing, doch uitsluitend van het afleggen of weigeren van den eed, zoodat de weigering van een der firmanten om den eed af te leg-

gen het bij artikel 1969 van het Burgerlijk Wetboek aan die weigering verbonden gevolg moest hebben en, derhalve aan den oorspronkelijken eischer zijne vordering had moeten zijn toegewezen;

O., dat tegen deze beslissing als middel van cassatie is voorgesteld: Schending der artt. 46, 3° 246, 337 en 339 van het Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering en 1962. 1963 en 1903 van het Burgelijk Wetboek, omdat de Rechtbank ten onrechte besliste dat het oordeel van den Kantonrechter door het interlocutoir vonnis van 20 Februari 1899, waarbij een decisoire eed was opgelegd, vastgesteld was; tot staving waarvan is aangevoerd, dat, toen de Kantonrechter, na het geven dier interlocutoire beslissing,, in den verderen loop van het proces bekend werd (en zulks door de erkentenis van den thans gerequireerde) met dusdanige daadzaken welke, waren deze hem vóór het wijzen van het interlocutoir bekend geweest, hem nooit dat interlocutoir zouden hebben doen wijzen, de Kantonrechter volkomen gerechtigd was zich niet aan dit interlocutoir gebonden te achten en dit bij zijne eindbeslissing te doen vervallen; zoodat dit interlocutoir vonnis daarna niet meer tusschen de requirante en gerequireerde als recht geldt; hetgeen te meer klemt nu het interlocutoir niet was een voorwaardelijk eindvonnis, doch eene zuivere interlocutoire beslissing, waarbij de eindbeslissing geheel en al werd gereserveerd;

O., dienaangaande, dat, al moge de rechtsregel: „l'interlocutoire ne lie pas le juge," ook in ons recht gelden, dit toch niet zonder uitzondering het geval is, daar de rechter, die een door de eene partij aan de wederpartij opgedragen, en door deze niet teruggewezen, eed beslissend heeft verklaard en dien eed aan

de wederpartij heeft opgelegd, uit den aard der zaak op die uitspraak niet kan terug komen, hetzij door wijziging van den eed, hetzij door, waar als in deze de eed aan twee personen was opgelegd, aan de eedsweigering van één dier personen het in artikel 1969 van het Burgerlijk Wetboek omschreven gevolg te onthouden, en in strijd met zijne eenmaal gegeven uitspraak te beslissen;

O. toch, dat de beslissende eed is een formeel bewijsmiddel, waarvan de beslissing van het geding afhankelijk is gesteld, zoodat de partij die om welke reden ook, weigert den haar opgelegden eed af te leggen, in het ongelijk moet worden gesteld; — waarbij de vorm van de oplegging, bij interlocutoir of voorwaardelijk eindvonnis, onverschillig is;

O., dat mitsdien het voorgestelde middel van cassatie is ongegrond;

Verwerpt het beroep, en veroordeelt de eischeresse in de daarop gevallen kosten;

§ 16.

REGLEMENT OP DE WATERLEIDINGEN IN NOORDBRABANT. OVERTREDING VAN ART. 21 *c* VAN HET REGELEMENT OP DE WATERLEIDINGEN IN NOORDBRABANT.

Interpretatie van art. 21 c van het Reglement op de waterleidingen in Noordbrabant van 19 Nov. 1889 (Prov. blad 1890, No. 14).

Het is een bestanddeel der overtreding van deze bepaling, dat door het leggen of hebben der dáár genoemde voorwerpen in het water de geregelde afvoer van het water kan belemmerd worden.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

In deze zaak zijn feitelijk drie middelen van cassatie bij tijdig ingediende memorie voorgesteld, al rangschikt de raadsman van den requirant die onder I *a* en *b* en II.

Het eerste middel luidt: schending of verkeerde toepassing van art. 21 litt *c* van het Reglement op de waterleidingen in de provincie Noord-Brabant Prov. blad. 1890 No. 14, door dat de Rechtbank deze bepaling interpreteerde als zoude daarbij slechts verboden zijn het leggen of hebben van vischtuig op die gedeelten, waar de geregelde afloop van het water kan worden belemmerd.

Het tweede middel luidt. Schending of verkeerde toepassing van de artikelen 211. 221 en 223 Wetb. van Strafvordering in verband met artikel 21 *c* van het boven reeds genoemde Reglement omdat indien de interpretatie van art. 2 door de Rechtbank gegeven, juist zou zijn, het vonnis niet met redenen is omkleed zijnde niet onderzocht, of in cassu het, vischtuig waarvan ten deze de rede is, den afloop van het water belemmeren kon.

Eindelijk heet het derde middel. Schending of verkeerde toepassing van de artikelen 151, 152, 142 en 144 der Grondwet in verband met artikel 625 B. W. door dat de Rechtbank overweegt, dat hier geen sprake is van ontneming d.i. onteigening van het vischrecht in de in de dagvaarding vermelde wateren, maar slechts van eene beperking in de uitoefening van dat vischrecht.

Al deze middelen worden beheerscht door de vraag, in welken zin moet artikel 21 *c* van het Reglement op de waterleidingen in de provincie Noord-Brabant dd. 19 Nov. 1889 Prov. Blad. 1890 No. 14 worden opgevat.

In het aangevallen vonnis worden twee naar het mij voorkomt, met elkander strijdende opvattingen gehuldigd, waarnaast nog eene derde in het vonnis niet genoemde, doch in de memorie vermelde opvatting is te stellen.

In de overweging door de Rechtbank gewijd aan de weerlegging van het beweren van den verdediger, dat er hier een geschilpunt van burgerlijk recht zou aanwezig zijn, lees ik, dat het leggen of hebben van vischtuig bij artikel 21 alleen wordt verboden op *die* gedeelten van de waterleidingen wáár de geregelde afloop van het water kan worden belemmerd, zooals bijv: in de bij de dagvaarding bedoelde sluizen.

Deze opvatting acht ik door de woorden, waarin het artikel vervat is, niet gerechtvaardigd.

art 21. immers luidt:

Het is verboden:

a

b

c vischtuig, huiden, vlas, hennep, hout, banden en soortgelijke voorwerpen waardoor de geregelde afloop van het water belemmerd kan worden in waterleidingen te leggen of te hebben.

Het artikel verbiedt dus het leggen of hebben van de daarin aangeduide voorwerpen in de waterleidingen.

Het spreekt daarbij zóó algemeen mogelijk van waterleidingen, zonder deze te splitsen in waterleidingen, waar de geregelde afloop van water kan worden belemmerd en in waterleidingen, waar dit niet wel mogelijk zoude zijn.

Ik acht daarom deze opvatting der Rechtbank niet aannemelijk.

Ze komt in het vonnis echter niet voor als grondslag der uitgesproken veroordeeling, doch als motief voor de beslissing, dat er in casu geen termen waren tot schorsing van het strafgeding.

Uit de qualificatie blijkt, dat bij de veroordeeling een andere uitleg van het artikel heeft voorgezeten, immers beklaagde wordt bij het dictum schuldig verklaard aan het in de provincie Noord-Brabant vischtuig waardoor de geregelde afloop van het water kan worden belemmerd leggen en hebben in waterleidingen.

Hier wordt dus het artikel in dien zin opgevat, dat verboden is vischtuigen in de waterleiding te leggen of te hebben, die den geregelden afloop van het water zouden kunnen belemmeren.

Is die opvatting juist dan had, gelijk bij het tweede middel wordt betoogd, de rechter niet mogen verzuimen, te onderzoeken of en te beslissen, dat in het gegeven geval het in de waterleiding bevonden vischtuig inderdaad den geregelden afloop van het water had kunnen belemmeren.

Volgens de derde opvatting, waarop in de memorie wordt gedoeld kan het artikel ook aldus gelezen worden, dat de beperking „waardoor de geregelde afloop van het water kan worden belemmerd" alléén betrekking heeft op de daaraan onmiddelijk voorafgaande woorden „soortgelijke voorwerpen", bij welke opvatting dan het leggen of hebben van vischtuigen in de waterleidingen absoluut zou zijn verboden, onverschillig of die vischtuigen, die huiden, dat vlas, die hennip, dat hout of die banden al dan niet eenige belemmering konden opleveren voor den geregelden afloop van het water; doch alleen bij niet genoemde soortgelijke voorwerpen te onderzoeken zou zijn, of deze belemmering konden veroorzaken.

Deze uitlegging acht ik intusschen verwerpelijk, omdat ze in strijd is zoowel met de geheele oeconomie der verordening, die klaarblijkkelijk ten doel heeft den geregelden afvoer van het water te verzekeren en daarom niet gekeerd mag worden tegen het gebruik van voorwerpen, die geen belemmering in de afvoer kunnen doen ontstaan; als mede in strijd met artikel 22 der verordening, waarbij wordt bepaald, dat ontheffing van het verbod van artikel 21 kan worden verleend en alzoo verlof gegeven, om in de waterleidingen voorwerpen te leggen en te hebben, die den afvoer van water zouden kunnen belemmeren, mits er maatregelen genomen worden, om die *gevreesde* belemmering te vóórkomen.

Naar mijn oordeel is dus de tweede opvatting de juiste, doch dan moet ook het aangevallen vonnis vernietigd worden, omdat noch onderzocht, noch beslist is, dat de in het vischwater bevonden fuiken de afloop van het water konden belemmeren.

Bij die meening zal het wel onnoodig zijn het derde middel nog in het breede te bespreken. Genoeg zij op te merken, dat er in casu geen sprake is van onteigening in den zin van het overbrengen van eigendom van den een op den ander; van schending van artikel 151 der Grondwet kan dus de rede niet zijn; terwijl er bij de door mij verdedigde opvatting van artikel 21 ook geen sprake kan zijn van eene niet met artikel 625 B. W. en art. 152 Grondwet overeen te brengen geheele onbruikbaarmaking van requirant's vischrecht, evenmin als van schending der artikelen 142 en 144 der Grondwet.

Op deze gronden heb ik de eer concludeeren, dat het den Hoogen Raad moge behagen, het aangevallen vonnis wegens schending van art. 221 Strafv. te vernie-

tigen en de zaak te verwijzen naar het Gerechtshof te 's Hertogenbosch, ten einde op de bestaande dagvaarding op nieuw te worden berecht en afgedaan. —

Arrest H. R., van 21 Jan 1901.

De H. R., der Ned,

Op het beroep van A. J. H. v. O., oud 56 jaar, vischhandelaar, geboren en wonende te 's Hertogenbosch, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te 's Hertogenbosch van 23 Oct. 1900, naar welke Rechtbank deze zaak bij arrest van den Hoogen Raad der Nederlanden van 17 Sept. 1900 is verwezen, om op de bestaande dagvaarding te worden berecht en afgedaan, bij welk vonnis de requirant, met toepassing van de artt. 21 en 39 van het Reglement op de waterleidingen in Noordbrabant van 19 Nov. 1889. Prov. blad 1890 no. 14, de artt. 23 en 62 W. v. Strafr., is schuldig verklaard aan: het in de provincie Noordbrabant vischtuig waardoor de geregelde afloop van het water kan worden belemmerd 1e hebben 2e leggen en te dier zake veroordeeld tot twee geldboeten elk van *f* 2.— en vervangende hechtenis van 2 dagen van elke boete:

Gehoord het verslag van den Raadsheer Hanlo;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij memorie:

1° Schending of verkeerde toepassing van art. 21 litt. *c* van het Reglement op de waterleidingen in de provincie Noordbraband (Prov. blad 1890 no. 14);

Subsidiair: schending of verkeerde toepassing van de artt. 211, 221, 223 W. v. Strafvord., in verband met art. 21 litt. *c* van voornoemd Reglement;

2° Schending of verkeerde toepassing van de artt

151, 152, 142 en 144 der Grondwet in verband met art. 625 B. W.;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc. Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat bij het bestreden vonnis op grond van wettige bewijsmiddelen het ten laste gelegde wettig en overtuigend bewezen is verkaard te weten: dat de requirant op 10 Maart 1900, des middags omstreeks 6 uur, onder de gemeente 's Hertogenbosch in den polder de Beneden Aar. in twee perceelen vischwater twee vischfuiken heeft gehad in de sluizen gelegen langs den linker en den rechteroever van de rivier de Aar en dienende tot lossing van water uit dien polder in de rivier en deze fuiken door zijn knecht G. M., heeft doen lichten, weder te water brengen en in den vorigen stand plaatsen.

O., dat die feiten bij het bestreden vonnis zijn gequalificeerd zooals hierboven is gezegd;

O., ten aanzien van de voorgestelde middelen van cassatie, dat het subsidiair voorgestelde onderdeel van het eerste middel als betrffende den vorm het eerst behoort onderzocht te worden;

O., dat tot steuning van dat middel is aangevoerd: dat, indien de interpretatie door de Rechtbank aan art. 21 *c* van voornoemd Reglement gegeven, n.l. dat daarbij slechts verboden zou zijn het leggen of hebben van vischtuig op die gedeelten waar de geregelde afloop van het water kan worden belemmerd, juist zou zijn, het vonnis niet met redenen is omkleed, omdat niet is onderzocht of in casu het vischtuig in quaestie den afloop van het water kon belemmeren;

O., dat door het nalaten van bedoeld onderzoek de als geschonden of verkeerd toegepast genoemde artikelen, dit niet kunnen zijn, omdat den rechter niet

geoorloofd was dat onderzoek te doen, daar het zou gegaan zijn buiten de grenzen der dagvaarding, in welk stuk niet was ten laste gelegd, dat het vischtuig den afloop van het water kon belemmeren;

dat alzoo dit onderdeel van het eerste middel is ongegrond;

O, dat ook de bewering tot staving van het eerste onderdeel gevoerd, n.l.: dat art. 21*c* van het daarin genoemd Reglement het hebben of leggen van vischtuig in de waterleidingen zou verbieden, onverschillig of daarvoor de afloop van het water al dan niet wordt belemmerd, is onjuist, op grond van hetgeen hieronder ambtshalve zal worden aangevoerd; zoodat ook dit onderdeel van het eerste middel is ongegrond;

O„ dat dit ook het geval is met het tweede middel, hetwelk gebouwd is op dezelfde onjuiste stelling als het eerste, dat het meergenoemd Reglement het volstrekt verbod zou inhouden om vischtuig in de waterleidingen te hebben;

O., ambtshalve, dat meergenoemd art. 21 *c* van het Regl. luidt:

„Het is verboden:

„*c.* vischtuig, huiden, vlas, hennip, hout, banden „en soortgelijke voorwerpen, waardoor de geregelde „afloop van het water belemmerd kan worden, in wa„terleidingen te leggen of te hebben";

O., dat niet ieder vischtuig hoe gering van omvang ook, en niet iedere hoeveelheid vlas, hennip, hout, banden, hoe klein ook, den geregelden afloop van het water in de waterleiding, waarin ze aanwezig zijn verhindert; dat daarom uit de gelijkstelling in art. 21 *c* van „vischtuig" met „vlas" en de verdere daargenoemde materialen en van deze alle met „gelijksoortige voorwerpen, waardoor de geregelde

afloop van het water kan belemmerd worden," voortvloeit, dat gezegde bepaling niet inhoudt een absoluut verbod van elk vischtuig welk ook, maar alleen een verbod van dat vischtuig door hetwelk als het in de waterleiding is geplaatst, de vrije waterafloop belemmerd kan worden;

O, dat de juistheid dezer uitlegging nog daardoor wordt bevestigd dat, nadat in het laatste lid van gezegd art. 21 niet strafbaar is verklaard de overtreding van eenige bepalingen — waartoe die van art. 21 *c* behoort — „wanneer men aantoont, dat „daarvan ontheffing is verleend door de betrokken „besturen of commissiën „— het eerste lid van art. 22 „luidt: „Aan de ontheffingen in de drie voorgaande „artikelen bedoeld, worden de voorwaarden verbon„den, die noodig zijn om den geregelden afvoer van „het water te verzekeren", waaruit volgt, dat ook in art. 21, zijnde een der drie artikelen waarnaar verwezen wordt, waar het spreekt van „vischtuig, vlas" en de verdere daargenoemde materialen, alleen dezulke bedoeld worden die op zoodanige wijze of in zoodanige mate in de waterleiding aanwezig zijn, dat de geregelde waterafvoer er door belemmerd kan worden;

O, dat uit hetgeen omtrent den zin van art 21 *c* is overwogen volgt, dat het een bestanddeel der overtreding van die bepaling is, dat, door het leggen of hebben der daarin genoemde voorwerpen, de geregelde afloop van het water kan belemmerd worden;

dat, om tot eene schuldigverklaring en veroordeeling te dier zake te kunnen komen, noodig is, dat een onderzoek of beslissing op dit punt vooralga; dat dit echter alleen wettig kan en tevens moet geschieden, wanneer die mogelijkheid van belemmerin

den geregelden waterafvoer bij de dagvaarding is ten laste gelegd en daardoor aan het onderzoek des rechters onderworpen;

dat dit echter hier niet is geschied; dat het feit zooals het ten laste is gelegd, alszoo niet strafbaar is als overtreding van gezegd art. 21 *c* of eenig ander artikel van hetzelfde Reglement, terwijl daartegen ook niet bij eene wet of andere wettige verordening is voorzien, zoodat het bestreden vonnis wegens schending door verkeerde toepassing van meergemeld art, 21 *c* in verband met art. 39 van hetzelfde Reglement vernietigd en de requirant van alle rechtsvervolging ontslagen behoort te worden;

Vernietigt het vonnis op 23 Oct. 1900 door de Arr. Rechtbank te 's Hertogenbosch in deze zaak gewezen;

Gezien art. 105 der Wet op de R. O.:

Ten principale recht doende:

Ontslaat den beklaagde van alle rechtsvervolging.

§ 17.

VALSCHHEID IN GESCHRIFT. — VALSCHE GESCHRIFT (NIET AANWEZIGHEID VAN HET) — GETUIGENNISSEN (WAARDEERING VAN DEN INHOUD DER).

Bij de wet is de ontvankelijkheid eener vervolging wegens valschheid in geschrift niet afhankelijk gesteld van de aanwezigheid van het geschrift.

Voor het geval van niet aanwezigheid van het geschrift is ook bij geen wet uitzondering gemaakt op de algemeene bepalingen omtrent het wettig bewijs in strafzaken.

De feitelijke vaststelling en de waardeering van den inhoud der getuigenissen zijn evenals de bewijskracht der daaruit voortvloeiende aanwijzingen aan het oordeel van den rechter in cassatie onttrokken.

Conclusie van den Adv. Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ

Bij tijdig ingediende Memorie zijn namens den requirant twee middelen van cassatie voorgesteld: luidende: I Schending of verkeerde toepassing van art. „1. en volgende 216. 3o, 273 en volgende van het „Wetboek van Strafvordering doordien het Hof met „de Rechtbank ten onrechte heeft aangenomen de „ontvankelijkheid van den Officier van Justitie, nu het „valschelijk opgemaakte stuk niet aanwezig was en „de voor alle strafzaken betrekkelijk tot valschheid in ge-„schriften, voorgeschreven rechtspleging niet is gevolgd."

II „Schending of verkeerde toepassing van art. 391 en „volgende, 396 en volgende, 403. 404. 406 en volgende „van het Wetboek van Strafvordering, doordien ten „onrechte is aangenomen, dat omtrent den inhoud van „een schriftelijk stuk bewijs kan worden geleverd door „bekentenis, gntuigen en aanwijzingen."

Door den Heer Raadsheer Rapporteur is er reeds op gewezen dat beide middelen op dezelfde stelling berusten en wel op het beweren dat eene vervolging ter zake van valschheid in geschrifte onmogelijk en door de wet uitgesloten zou zijn, zoodra het stuk waarin de valschheid zou gepleegd zijn niet meer in rechten kan overgelegd worden.

In geen der bij de voorgestelde middelen aangehaalde artikelen kan ik echter eenige bepaling vinden die steun verleent aan requirants beweren en ook daarbuiten is mij geen enkele wetsbepaling bekend, die de ontvankelijkheid van een door het Openbaar Ministerie ter zake van valschheid in geschrifte ingestelde strafvervolging afhankelijk stelt van de aanwezigheid in judicio van het pretenselijk vervalschte stuk.

Zeker kunnen, waar dit stuk ontbreekt, de bij art. 273. en volgende voorgeschreven regelen niet worden

gevolgd en zal de bewijsvoering zeer bemoeilijkt worden, maar waar het Openbaar Ministerie meent, dat het desniettemin het vereischte bewijs zal kunnen leveren, is er zeker geen reden, om het in het leveren van dat bewijs niet ontvankelijk te verklaren; terwijl de feitelijke onmogelijkheid om bij gebreke van het corpus delicti de niet op straffe van nietigheid voorgeschreven bepaingen van artikel 273. en volgende na te leven evenmin eene niet-ontvankelijkheid der actie kunnen rechtvaardigen

In dien zin werd trouwens meermalen door uwen Raad beslist. Ik wijs daartoe op uwè arresten van 4 November 1851. W. 1361, van 20 Januari 1873. W. 3567 en van 1 November 1875., W. 3924.

Mij aan die jurisprudentie gedragende heb ik de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 21 Januari. 1901.

De H. R. der Ned.

Op het beroep van K. B., oud 46 jaren, gemeenteveldwachter en onbezoldigd rijksveldwachter, geboren en wonende te Zegveld, req. van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te *Amsterdam* van 17 Oct. 1900, waarbij is bekrachtigd een vonnis der Arr. Rechtbank te *Utrecht* van 18 Aug. 1900, bij welk vonnis de req. is schuldig verklaard aan de misdrijven van valschheid in geschrifte en het opzettelijk gebruik maken van een valsch geschrift als ware het echt en onvervalscht, terwijl uit dat gebruik nadeel kon ontstaan, en te dier zake, met toepassing van de artt. 56 en 225 van het Wetb. van Strafr., veroordeeld tot gevangenisstraf voor den tijd van 2 maanden;

Gehoord het verslag van den Raadsheer DE PINTO;

Gelet op de middelen van cassatie, door den req. voorgesteld bij memorie:

I. Schending of verkeerde toepassing van de artt. 1 en volgende, 216, 3°, 273 en volgende Wetb. van Strafvord., doordien het Hof met de Rechtbank ten onrechte heeft aangenomen de ontvankelijkheid van den Officier van Justitie nu het valschelijk opgemaakte stuk niet aanwezig was en de voor alle strafzaken betrekkelijk tot valscheid in geschriften, voorgeschreven rechtspleging niet is gevolgd;

II Schending of verkeerde toepassing van de artt. 391 en volgende, 396 en volgende, 403, 404, 406 volgende van het Wetb. van Strafv, doordien ten onrechte is aangenomen, dat omtrent den inhoud van een schriftelijk stuk, bewijs kan worden geleverd door bekentenis, getuigen en aanwijzingen;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr, RETHAAN MACARÉ, namens den Procureur Generaal, in zijne conclusie, strekkende tot enz.;

Ten aanzien van de beide middelen van cassatie.

Overwegende, dat art. 273 evenals de volgende artt. van den Tienden Titel van het Wetb. van Strafvord. betrekking hebben op het bij valschheid in geschriften gewoonlijk voorkomende geval, dat het verdachte geschrift bij het onderzoek aanwezig is;

dat deze titel voor dat geval de voorschriften geeft, hoe met het van valschheid verdachte stuk bij het gerechtelijk onderzoek moet worden gehandeld, welke voorschriften natuurlijk niet kunnen gelden, indien zich, gelijk hier, het geval voordoet, dat het stuk bij het onderzoek niet aanwezig is;

dat bij geen der artikelen van gemelden titel, noch bij eenige andere wetsbepaling de ontvankelijkheid eener vervolging wegens valschheid in geschriften

afhankelijk wordt gesteld van de aanwezigheid van het geschrift, terwijl voor het geval van de nietaanwezigheid daarvan, ook bij geen wetsartikel uitzondering is gemaakt op de algemeene bepalingen omtrent het wettig bewijs in strafzaken, zoodat de rechter door in deze zaak, bij ontstentenis van het van valscheid verdachte stuk, ook wat den inhoud van dat stuk betreft, recht te doen op de bekentenis van den beklaagde, bevestigd door de aanwijzingen, voortvloeiende uit de in het bij het bestreden arrest bevestigde vonnis opgenomen getuigen — verklaringen, de wet niet heeft geschonden;

dat eindelijk, waaraan het slot der memorie van cassatie de bewering gevoerd wordt, dat uit de verklaringen der getuigen geene aanwijzingen zouden zijn voortgevloeid voor het valschelijk opmaken van het stuk en de bekentenis van den beklaagde daaromtrent dus geheel op zich zelf zoude staan, door die bewering wordt getreden, zoowel in de feitelijke vaststelling en waardeering van den inhoud der getuigenissen als in de bewijskracht der daaruit voortvloeiende aanwijzingen, beide aan het oordeel van den rechter in cassatie onttrokken;

Overwegende, dat uit dit een en ander volgt de ongegrondheid der twee voorgestelde middelen van cassatie;

Verwerpt het beroep.

§ 18.

ART. 460 STRAFRECHT. — WEILAND (LOOPEN OP).

Het verbod van art. 460 Strafrecht om gedurende Mei tot October op eenig weiland te loopen, betreft alleen land, dat, tot weide bestemd, ook werkelijk daartoe dient en wordt gebruikt.

Arrest H. R., van 21 Januari 1901.

De H. R., der Ned,

Op het beroep van P. R., arbeider, oud 43 jaren, geboren te Beugen, wonende te Sambeek — Mulleim, requirant van cassatie tegen een vonnis van het Kantongerecht te Boxmeer van 26 Oct. 1900, waarbij de requirant werd schuldig verklaard aan „het zonder daartoe gerechtigd te zijn loopen over weiland in de maand Juli" en, met toepassing van de artt. 23, 460 W. v. Strafr., 209, 214, 215, 253 van dat van Strafvord., werd veroordeeld tot betaling eener geldboete van *f* 3.—, ingeval van wanbetaling te vervangen door hechtenis van twee dagen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. LAMAN TRIP;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ: namens den Proc..Gen., in zijne conclusie, strekkende tot verwerping van het ingestelde beroep;

Overwegende, dat, noch bij de aanteekening van het beroep, noch naderhand, door of van wege den requirant eenige gronden voor dat beroep zijn aangevoerd.

Overwegende ambtshalve:

dat requirant heeft terechtgestaan ter zake, dat hij op 27 Juli 1900 te Sambeek op een perceel weiland aan M. B., toebehoorende heeft geloopen zonder daartoe gerechtigd te zijn;

dat dit feit en de schuld van requirant daaraan door den Kantonrechter bewezen zijn verklaard, en daarop is toegepast art. 460 W. v. Strafrecht;

O., dat, naar aanleiding der verdediging van den beklaagde, dat ter plaatse waar hij heeft geloopen een openbare weg ligt, — vijf getuigen blijkens het vonnis hebben verklaard, dat die strook grond gedurende vele jaren als weg werd gebruikt; en in het von-

nis wordt overwogen, dat het gebruik van den grond, gedurende tallooze jaren als weg even goed kan wijzen op eene toelating van de eigenaars van dien grond als op een onus publicum van openbaren weg;

O., dat de Kantonrechter daarna wel heeft beslist, dat het bestaan van eenen openbaren weg over dat weiland niet waarschijnlijk was gemaakt door de feiten ter terechtzitting gebleken; doch geene beslissing heeft gegeven of de plaats waar beklaagde liep, ook feitelijk niet was een weg of pad en als zoodanig werd gebruikt;

dat deze beslissing voor de toepassing van art. 460 werd vereischt, omdat het verbod van dit artikel om gedurende de maanden Mei tot en met October op eenig weiland te loopen, alleen betreft land dat tot weide bestemd, ook werkelijk daartoe dient en wordt gebruikt, en de strook grond, die als weg of pad wordt gebruikt, niet is weiland volgens dit artikel;

O., dat de Kantonrechter door dit niet te onderzoeken en te beslissen, zijn vonnis niet voldoende met redenen heeft omkleed, en daardoor is geschonden art 22 in verband met de artt. 223 en 211 W. v. Strafvord., zoodat het vonnis moet worden vernietigd.

Vernietigt het vonnis door den Kantonrechter te Boxmeer den 26 Oct. 1900 in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 der Wet op de R. O.,

Verwijst de zaak naar de Arr. Rechtbank te 's Hertogenbosch, om op de bestaande dagvaarding opnieuw te worden berecht en afgedaan.

§ 19

HUIZEN VAN ONTUCHT. — VERORDENING TE UTRECHT (INTERPRETATIE DER).

Interpretatie der Verordening tegen de openlijke hui-

zen van ontucht, door den Raad der gemeente Utrecht vastgesteld den 15en *Oct.* 1896.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ.

Wegens schending van art. 20 R.O. in verband met art. 161 der Grondwet, werd bij uw arrest van 25 Juni 1900 het ten laste van de tegenwoordige req. op 26 Maart 1900 door de Arrondissements Rechtbank te Utrecht gewezen vonnis, vernietigd en hare zaak verwezen naar het Gerechtshof te Amsterdam ten einde op het bestaande hooger beroep op nieuw te worden berecht en afgedaan.

Aan die opdracht is voldaan en bij arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 23 Oct. jl. werd, met vernietiging van het in deze door het Kantongerecht te Utrecht op 2 Febr. gewezen vonnis, de beklaagde thans req. schuldig verklaard aan de feiten haar bij dagvaarding ten laste gelegd, werden die feiten gequalificeerd: de overtreding van het houden van een openlijk huis van ontucht te Utrecht, tweemaal gepleegd en de beklaagde mitsdien uit kracht van de artt. 1. 2. 3 en 4 der verordening van de gemeente Utrecht van 15 Oct. 1890 tegen de openlijke huizen van ontucht en met toepassing der art. 18 en 62 Wetb van Strafr. veroordeeld tot twee hechtenisstraffen ieder van drie dagen.

Tegen dit arrest heeft de veroordeelde zich met inachtneming van den bij de wet gestelden termijn in cassatie voorzien en voert zij thans bij eene tijdig ingediende noodeloos op zegel geschreven memorie als middel van cassatie aan:

„Schending door verkeerde toepassing van de arti-„kelen 1, 2, 3 en 4 der verordening tegen de open-„lijke huizen van ontucht, vastgesteld bij besluit van „den Raad van de Gemeente Utrecht van 26 Juni 1890

„en schending door niet toepassing van de artt. 160 „en 179 B. W."

Ditzelfde middel is door de requirante ook voorgesteld bij de vorige voorziening in cassatie.

Bij mijne conclusie van 5 Juni 1900 met uw arrest van 25 Juni 1900 opgenomen in W, 7479 heb ik getracht het ongegronde van het middel aan te toonen.

Bij het toen aangevoerde heb ik weinig meer te voegen, onder verwijzing naar die conclusie merk ik alleen nog op, dat ook de negende, tiende en elfde overweging van het aangevallen arrest eene weerlegging behelzen van hetgeen thans bij memorie op nieuw wordt aangevoerd, terwijl uit het feit, dat bij art. 3 der Verordening, waarbij bepaald is, dat onder houder van een openlijk huis van ontucht, zoowel hij verstaan wordt, die daarin de gelegenheid, bedoeld bij artikel 2, geeft, als hij die deze gelegendheid laat geven, alleen valt af te leiden, dat naar de bedoeling van den gemeentewetgever beiden strafbaar zijn, zoowel hij die de gelegenheid geeft, als hij die ze laat geven, doch geenszins, dat de strafbaarheid van den een die van den ander uitsluit.

Op deze gronden heb ik de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 21 Januari 1901.

De H. R. der Ned,

Op het beroep van A. A. D. C. C. S., huisvrouw van A. A. G. W. M., oud 40 jaren, van beroep bierhuishoudster, geboren te Lubeck, wonende te Utrecht, requirante van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 23 Oct. 1900, waarbij het Hof, krachtens verwijzing bij 's Hoogen Raads arrest van 25 Juni 1900, recht doende in hooger beroep

van een vonnis van den Kantonrechter te Utrecht van 2 Febr. 1900, met vernietiging van dit vonnis de requirante heeft schuldig verklaard aan de overtreding van: „het houden van een openlijk huis van ontucht te Utrecht, 2 maal gepleegd", en haar te dier zake, met toepassing van de artt. 1, 2. 3, en 4 der verordening tegen de openlijke huizen van ontucht door den Raad der gemeente Utrecht vastgesteld den 15 Oct. 1896, benevens de artt. 18 en 62 W. v. Strafr. veroordeeld tot twee hechtenisstraffen van drie dagen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer de PINTO;

Gelet op de middelen van cassatie, door de requirante voorgesteld bij memorie:

1° Schending door verkeerde toepassing van de artt, 1, 2, 3 en 4 van de verordening tegen de openlijke huizen van ontucht te Utrecht;

2° Schending door niet toepassing van de artt. 160 en 179 B. W.,

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat bij het bestreden arrest als bewezen is aangenomen: 1° „dat de requirante in het door haar bewoonde huis, Cellebroederstraat no 34 te Utrecht, waarover zij de beschikking heeft, desbewust in den laten ,avond van 23 Juli 1899 de gelegenheid heeft verschaft aan de getuigen S. en K,, om tegen betaling van twee gulden vijftig cent, door laatstgenoemde, met elkander vleeschelijke gemeenschap te hebben, zijnde dat bedrag door genoemde S., aan haar, requirante, afgedragen; 2°. dat de requirante in den nacht van 3 op 4 Jan. 1900 in het perceel 30bis in de Cellebroederstraat te Utrecht, waarover zij de beschikking had, desbewust aan de getuigen

A. en K., alsmede aan de getuigen S. en K. gelegegenheid heeft gegeven aan de beide eerstgenoemden om met elkander vleeschelijke gemeenschap te hebben, aan de beide laatsgenoemden om onderling ontuchtige handelingen te plegen, zulks tegen betaling van *f* 5.—, welk bedrag door getuige A., aan haar, requirante, is uitbetaald;

dat deze feiten door het Hof zijn gequalificeerd gelijk blijkt uit het hoofd van dit arrest;

dat tegen deze qualificatie zijn gericht de 2 voor gezaamlijke behandeling vatbare middelen van cassatie;

O., daaromtrent dat bij art. 1 der voormelde verordening het houden van een openlijk huis van ontucht is verboden, terwijl volgens art. 4 ieder die een openlijk huis van ontucht houdt, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste zes dagen;

dat in verband hiermede de artt. 2 en 3 der verordening luiden: Art. 2. Onder openlijk huis van ontucht wordt verstaan elke inrichting waarin door hem, die daarover de beschikking heeft, desbewust, hetzij bij herhaling, hetzij uit winstbejag, aan anderen gelegenheid wordt gegeven om onderling ontuchtige handelingen te plegen.

Art. 3. Onder houden van een openlijk huis van ontucht wordt verstaan hij, die daarin de gelegenheid, bedoeld bij art. 2, geeft of laat geven;

O., dat tot staving der middelen van cassatie de toepasselijkheid dezer artikelen op de ten laste der requirante bewezen verklaarde feiten wordt betwist hoofdzakelijk op grond, dat waar art. 2 der verordening spreekt van hem, die „de beschikking" over de daar bedoelde „inrichting" heeft, door die woorden alléén wordt aangewezen hij die „rechtens over de betrokken perceelen beschikt", wat het geval niet was

met de requirante, daar niet zij, maar haar man, met wien zij erkent in gemeenschap van goederen te zijn gehuwd, was huurder van de huizen 32 en 34 en eigenaar van het perceel 30 bis aan de Cellebroederstraat te Utrecht, en daarover dus alleen „rechtens" te beschikken had; dat deze uitlegging van art. 3 steun vindt in art. 4 der verordening bij name in de woorden „gelegenheid..... geeft of doet geven", die overbodig zouden zijn „wanneer de Gemeentewetgever „het oog had op„een *feitelijken* toestand en niet op „eene *rechts*verhouding"; dat alzoo „haar man is de „aansprakelijke persoon doch niet zij, terwijl ook het „geld, dat zij ontvangt, niet door haar wordt gehouden";

O., daaromtrent, dat bij het bestreden arrest te recht is aangenomen, dat „de beschikking", waarvan art. 2 der verordening gewaagt, duidt op de feitelijke beschikking over de dáár bedoelde inrichting;

dat deze uitlegging, die zeker het meest strookt met het doel der verordening, ook in overeenstemming is met den tekst van art. 2, dat niet spreekt van de beschikking over het huis, waarin de inrichting gehouden wordt, maar van de beschikking over die inrichting;

dat de beperkende uitlegging, in de memorie van cassatie aan art. 2 gegeven, ook geen steun vindt in art. 3 der verordening, die als houder van het huis van ontucht beschouwt niet alleen hem, die in de in art. 2 bedoelde inrichting persoonlijk de gelegenheid geeft tot het plegen van ontuchtige handelingen, maar ook hem, die dáár, desbewust, door een ander deze gelegenheid laat geven;

dat nu, indien men in art. 2 onder „de beschikking" heeft te verstaan de feitelijke beschikking, het al of niet berusten daarvan bij een bepaald persoon is eene vraag van zuiver feitelijken aard, waaruit volgt, dat op 's Hofs,

op onderscheidene wettig bewezen omstandigheden berustende beslissing, dat de requirante de beschikking had over de in de dagvaarding bedoelde inrichting, in cassatie niet kan worden teruggekomen;

dat eindelijk voor zoover het beroep, door de requirante ook in cassatie gedaan op de omstandigheid, dat het geld, dat zij ontvangt, niet door haar wordt gehouden, mocht bevatten eene herhaling der door haar ook voor het Hof gevoerde verdediging, dat zij niet uit winstbejag heeft gehandeld, deze verdediging reeds voldoende is wederlegd door 's Hofs overweging, dat, wat er ook zij van der beklaagde bewering, dat zij het in het huis van ontucht ontvangen loon aan haar echtgenoot moest afdragen, daardoor haar winstbejag niet zoude zijn uitgesloten „omdat zij zooals zij mede voor den Hove heeft „bekend, met haar echtgenoot is gehuwd zonder huwe„lijksche voorwaarden, zoodat de gelden, door haar „te dier zake ontvangen, als komende ten bate der „algeheele gemeenschap ook haar, zij het slechts voor „de helft, ten goede komen;"

O. mitsdien, dat de middelen van cassatie zijn ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 20.

HUWELIJK (ANDER.) — DAGVAARDINGEN (OPENBARE). — RECHTSVERMOEDEN VAN OVERLIJDEN.

Voor de in de artt. 549 en 550 B. W. bedoelde openbare dagvaardingen kunnen niet in de plaats treden die, welke naar aanleiding van art. 523 reeds zijn uitgebracht, althans zoo de beide procedures, die tot verklaring dat er rechtsvermoeden

van overlijden bestaat en die tot vergunning aan den achtergebleven echtgenoot om een ander huwelijk aan te gaan, afzonderlijk zijn ingesteld.

Request:

Aan den Hoogen Raad der Ned.

Geeft met verschuldigden eerbied te kennen:

G. S. naaister, wonende te Groningen, dat zij den zevenden Mei 1890 te Delfzijl is gehuwd met J. P. destijds matroos bij den loodsdienst te Delfzijl; dat zij samen hebben gewoond te Delfzijl en uit hun huwelijk zijn gesproten drie kinderen met name Ebiena, Hendrik en Maria;

dat haar echtgenoot den 22en Dec. 1894 bij ruw wêêr als matroos met de bemanning der loodskotter genaamd „Eems II" de haven van Delfzijl is uitgevaren, ten einde een schip, dat op de Eems voer, binnen te halen;

dat genoemde loodskotter „Eems II" nimmer in de haven van Delfzijl is terruggekeerd en van niemand der bemanning ooit eenig bericht van aanwezen is ingekomen, zoodat men met grond mag aannemen, dat de geheele bemanning van genoemde loodskotter, waaronder requestrante's echtgenoot, bij die gelegenheid den dood in de golven heeft gevonden;

dat requestrante, na daartoe van de Rechtbank te Gronningen verlof te hebben bekomen en nadat aan haar verlof was verleend gratis te procedeeren, genoemden J. P. bij drie openbare dagvaardingen, telkens loopende op een termijn van drie maanden, heeft doen oproepen om te verschijnen voor de Rechtbank te Groningen ten einde van zijn aanwezen te doen blijken;

dat, daar genoemde J. P. op die oproepingen niet is verschenen, bij vonnis van gemelde Rechtbank dd. 23 Febr. 1900 is verklaard „dat er rechtsvermoeden

van het overlijden van meergenoemden J. P. bestaat sedert den 23 Dec. 1894;

dat requestrante ingevolge het voorschrift der Wet, zich daarop tot de Rechtbank te Groningen heeft gewend, met verzoek haar verlof tot het aangaan van een nieuw huwelijk te willen verleenen;

dat gemelde Rechtbank daarop bij beschikking van den 19 Oct. 1900 heeft bevolen, dat, alvorens op het verzoekschrift definitievelijk te beschikken, requestrante genoemden J. P., bij drie openbare dagvaardingen zal oproepen, telkens op eenen termijn van ten minste drie maanden;

dat zij van die beschikking is gekomen in hooger beroep bij het Gerechtshof te Leeuwarden, hetwelk echter de beschikking der Arr. Rechtbank te Groningen heeft bevestigd den 28 November 1900;

dat zij zich door die beschikking bezwaard gevoelt en daarom daarvan wenscht te komen in cassatie;

dat toch het Hof beweert in de voorlaatste overweging dat in de plaats daarvan (de drie openbare dagvaardingen, inhoudende het verzoek om te mogen hertrouwen) niet kunnen treden de drie vroegere openbare dagvaardingen, die hebben gediend tot het bekomen eener vermoedelijk overlijden verklaring en aan hem (den afwezige) zijn geexploiteerd alleen, opdat hij zich tegen de vordering daartoe zou kunnen verweren;

dat naar requestrante's bescheiden meening het Hof, gelijk de Rechter te Groningen, verkeerdelijk heeft toegepast de art. 549, 550 en 525 B. W.

dat toch art. 549 B. W. het geval regelt van afwezigheid gedurende 10 jaren, buiten het geval van kwaadwillige verlating, terwijl art. 550 B, W. den Rechter de bevoegdheid geeft, om aan den achtergebleven echtgenoot, verlof te geven tot het aangaan

van een nieuw huwelijk met van toepassing verklaring van art. 525 B. W.

dat waar gelijk in casu, de 3 oproepingen *hebben* plaats gevonden de Rechter niet meer was *verplicht* om alsnog 3 oproepingen voor te schrijveu voor het aangaan van een nieuw huwelijk;

dat toch requestrante niet begrijpt waarom anders in art 550 B. W. voorkomen de woorden „indien op de 3e dagvaarding noch de afwezige is opgekomen „kan" die Rechter den achtergebleven echtgenoot vergunnen een ander huwelijk aan te gaan met van toepassing verklaring van art. 525 B. W.

dat toch requestrante niet kan inzien waarom die vroegere openbare dagvaardingen conform art. 523 gedaan, ook al houden ze in de conclusie *niet* in het verzoek om een nieuw huwelijk aan te gaan, niet evenveel kracht zouden hebben als die van art. 549 B. W.

dat toch naar requestrante's bescheiden meening dit de fout is zoowel van Rechtbank als Hof, dat zij onderscheid maken tusschen de dagvaardingen uitgebracht conform art. 523 en art. 549 B. W. terwijl de wetgever geen verschil gemaakt heeft;

dat repuestrante, blijkens bijgevoegd certificaat, onvermogend is de kosten, op dit rèquest te vallen te betalen;

Redenen, waarom requestrante zich tot U Edele Hoog Achtbaren wendt met eerbiedig verzoek:

dat het U Edele Hoog Achtbaren moge behagen te casseeren de beschikking van het Hof te Leeuwarden den 28sten November 1900 op het door requestrante ingediend verzoekschrift gegeven; evenals die van de Rechtbank te Groningen en doende wat het Hof te Leeuwarden en de Rechtbank hadden behooren te

doen, alsnog aan requestrante vergunning te verleenen tot het aangaan van een nieuw huwelijk en te bevelen, dat de in dezen te geven beschikking zal zijn vrij van zegel, registratie en griffiekosten.

's Gravenhage, 31 Dec. 1900.

Hetwelk doende enz.

(Geteekend) Mr. P. J. S.
adv. & procr.

Conclusie van den Proc. Gen. Polis.

De Procureur-Generaal,

Gezien vorenstaand verzoekschrift met bijlagen,

Overwegende dat, terwijl volgens artikel 523 B, W. aan de verklaring van vermoedelijk overlijden behooren vooraf te gaan drie openbare dagvaardingen, tot elk van welke *achtereenvolgens* door de Rechtbank verlof is verleend, tot de drie openbare dagvaardingen in art. 549 B. W. bedoeld *ineens* verlof door de Rechtbank wordt gegeven, en zoowel daaruit als uit de strekking welke deze laatste dagvaardingen hebben, nl. den opgeroepene bekend te maken met het door den achter gebleven echtgenoot gedaan verzoek om vergunning tot het aangaan van een ander huwelijk en den opgeroepene in de gelegenheid te stellen het toestaan dier vergunning, door van zijn aanwezen te doen blijken, te voorkomen, duidelijk blijkt, dat voor deze laatste openbare dagvaardingen niet in de plaats kunnen treden die, welke naar aanleiding van art. 523 voor iets geheel anders zijn gedaan.

Overwegende, dat dus het voorgestelde middel is ongegrond.

Concludeert tot verwerping van het beroep.

Beschikking H. R. van 24 Jan. 1901.

De H. R. der Ned.,

Beschikkende op bovenstaand verzoekschrift;

Gelet op de daarop gestelde conclusie van den Proc. Gen. tot verwerping van het beroep.

Gezien de bij het verzoekschrift overgelegde stukken;

Overwegende, dat als middel van cassatie tegen de beschikking van het Gerechtshof te Leeuwarden van 28 Nov. 1900 is voorgesteld, verkeerde toepassing van de artt. 549, 550 en 525 van het B. W.;

Overwegende, dat in deze op het verzoek van de verzoekster, nadat de in de artt. 523 en volgende van het B. W. omschreven openbare dagvaardingen hadden plaats gehad, bij vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Groningen verklaard is, dat er vermoeden bestaat van het overlijden van haar afwezigen echtgenoot, — zonder dat was gevraagd vergunning tot het aangaan van een ander huwelijk;

dat, toen later door de verzoekster van dezelfde Rechtbank gevraagd werd vergunning tot het aangaan van een ander huwelijk, de Rechtbank terecht op grond van de artt. 549 en 550 — doch zonder toepassing van het mede bij het middel aangehaald art. 525 — van het B. W. heeft geoordeeld geen verlof te kunnen verleenen tot het nieuwe huwelijk alvorens de oproepingen zijn geschied op de wijze omschreven bij de artt. 523 en 524 van dat Wetboek, en mitsdien de oproeping van den afwezigen echtgenoot bij drie openbare dagvaardingen heeft bevolen, — welke beschikking in hooger beroep bij 's Hofs vermelde beschikking te recht is bevestigd;

Overwegende, dat immers in de tweede en in de vijfde Afdeeling van den negentienden titel van het eerste boek van het B. W. „Van Afwezigheid" twee procedures worden geregeld, de eene strekkende tot

het bekomen van de verklaring dat er rechtsvermoeden van overlijden van den afwezige bestaat, de andere tot het voor den achter gebleven echtgenoot erlangen van de vergunning tot het aangaan van een ander huwelijk, — bij welke procedures en — buiten de gevallen, voorzien in de wet van 9 Juli 1855 (Staatsblad No 67) de vereischte duur van afwezigheid, en de personen, die het verzoek kunnen doen, en de strekking van het verzoek, en de rechtsgevolgen van de door de Rechtbank te geven verklaring of vergunning verschillen; — zoodat, althans in het geval dat, zooals in deze, de beide procedures afzonderlijk zijn ingesteld, de dagvaardingen, die voor de eene procedure zijn voorgeschreven, en daarin hebben plaats gehad, niet geacht kunnen worden ook in de andere procedure te zijn geschied;

Overwegende, dat mitsdien het voorgestelde middel van cassatie is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 21.

JACHTWET. — ART. 2 IN VERBAND MET ART. 1 EN ART. 40, 2e LID DER JACHTWET. — SCHRIFTELIJK BEWIJS (NIET VERTOONEN VAN HET. — „BIJHEBBEND GEZELSCHAP."

Indien door den eigenaar van of rechthebbende tot een grond aan iemand schriftelijke vergunning is verleend om dezen „met bijhebbend gezelschap" te bejagen, en de houder der vergunning, jagende, het hem uitgereikt „schriftelijk bewijs" niet op de eerste vordering van den bevoegden ambtenaar kan vertoonen, is ieder lid van het „bijhebbend gezelschap" deswege strafbaar ingevolge art. 2 in verband met art. 1 en art. 40, 2e lid der Jachtwet.

Conclusie van den Adv. Gen. Noyon.

Deze gerequireerde heeft terecht gestaan ter zake dat hij met anderen eens anders grond bejaagd heeft zonder voorzien te zijn van een schriftelijk bewijs van vergunning van eigenaar of rechthebbende, althans zonder dat aan eenen rijksveldwachter te hebben kunnen vertoonen.

De Kantonrechter te Delft heeft geen onderzoek ingesteld naar het bestaan van een bewijs van vergunning; hij achtte dit overtollig omdat de wet eischende dat men voorzien zij van het bewijs, daarmede verlangt dat men het bij zich hebbe; immers men moet het stuk kunnen vertoonen.

Het komt mij voor dat op dit punt het vonnis van den Kantonrechter in appel terecht vernietigd is.

In art. 1 der Jachtwet wordt ten opzichte van de jachtacte voorgeschreven dat de jager er van voorzien moet zijn en ze op de eerste vordering moet vertoonen, Maar vermits het niet vertoonen meestal een gevolg is van een verzuim, van het niet bij zich steken, heeft men dit, indien vaststaat dat de overtreder wel houder van eene acte is, lichter willen doen straffen; van daar de bepaling van het tweede lid van art. 40. Iemand kan dus voorzien zijn van eene acte zonder ze op een gegeven oogenblik te kunnen vertoonen.

Voorzien zijn is van gelijke beteekenis als verkregen hebben, zooals de H. R. besliste bij een arrest van 1 December 1879. Wbl. 4454.

Dit betoog op de redactie van art. 1 in verband met de bepaling van het tweede lid van art. 40. berustende, kan niet worden uitgebreid tot de voorschriften omtrent stukken waarvan het enkele niet vertoonen niet eene lichtere overtreding is; zoo kon

de H. R. bij arrest van 19 November j.l. in zake G. zonder in strijd te komen met de uitspraak van 1879, beslissen, ook op grond van den werkelijken eisch van vertooning, dat een tot dekking van vervoerd wild dienend document bij het wild aanwezig moet zijn.

Het bewijs van vergunning van eigenaar of rechthebbende staat nu tusschen beide in. Aan de eene zijde wordt ook daarvan in de redactie van art. 2, volkomen gelijk aan die van art. 1, onderscheid gemaakt tusschen voorzien zijn en vertoonen, aan den anderen kant is op dit bewijs het tweede lid van art. 40 niet toepasselijk. Uit de laatste bepaling redeneerende, zou men dus kunnen betoogen dat, aangezien het niet vertoonen niet als lichtere overtreding beschouwd wordt, het hier gelijk staat met niet hebben, en dat voorzien zijn hier alzoo beteekent bij zich hebben. Maar daarmede zou men aan twee geheel gelijkluidende bepalingen verschillende beteekenissen toekennen.

Nu had de Regeering in art. 40, tweede lid, oorspronkelijk ook het bewijs van vergunning opgenomen, zij wilde dit dus op geheel gelijken voet als de acte behandeld zien; hieruit volgt dat de beteekenis van art. 2 ook geheel dezelfde was als die van art. 1.

En dat het bewijs van vergunning uit art. 40 gelicht werd was niet, omdat men ten aanzien daarvan den jager andere verplichtingen wilde opleggen, maar alleen omdat men het niet vertoonen niet lichter wilde doen straffen dan het niet voorzien zijn, eendeels achte men het medevoeren door den jager hier van grooter belang omdat het bestaan van eene acte en andere van de overheid uitgaande stukken niet moeielijk te controleeren is, terwijl eene eerst later verkregene vergunning gemakkelijk geantedateerd kan worden en zoo de lichtere overtreding zou knnnen worden gefingeerd waar

inderdaad de zwaardere gepleegd was; anderdeels zag men in de bepaling van art. 39, 3e en 4e lid (thans vervallen) volgens welke de eigenaar of rechthebbende de vervolging van inbreuk op zijn recht kan voorkomen, het tegenwicht tegen mogelijke hardheid.

Hier golden dus redenen van utiliteit, die aan het oorspronkelijke stelsel der wet niet raakten.

Met het niet vertoonen van het bewijs mag alzoo het niet voorzien zijn niet worden verward, beide zijn afzonderlijke, gij het ook gelijkelijk strafbare overtredingen.

In zooverre is ongegrond het voorgestelde middel van cassatie: Schending door niet-toepassing, of verkeerde toepassing van de artt. 2, 15, 40, 45 begin en c. al. 2 en 6 der wet van 15 Juni 1857 (Stbl. no. 87). 23. 33. en 34 van het Wetboek van Strafrecht. 10 begin en 14° en 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. no. 64) en 216 van het Wetboek van Strafvordering.

Maar de Rechtbank, bewezen verklarende dat het bewijs van vergunning wel bestond doch niet vertoond was, heeft niettemin den gerequireerde ontslagen van rechtsvervolging.

Als feitelijk vaststaande is aangenomen, dat een der deelnemers aan de jacht bezitter was van eene vergunning, afgegeven voor hem en bijhebbend gezelschap, maar dat deze het bewijs niet bij zich had en het dus niet kon vertoonen. De Rechtbank is nu van oordeel dat alleen op hem de verplichting tot vertoonen rustte.

Dit is naar mij voorkomt in strijd met art. 2 der Jachtwet.

Ik wil aannemen dat het bewijs zoo als het was ingericht, ieder die den houder vergezelde dekken kon; maar niemand mag eens anders grond bejagen zonder een bewijs van vergunning te kunnen toonen; al wil men dat deze eisch der wet, in geval het bewijs ten

name van meer dan eene persoon staat, zich hierin oplost dat het te hunnen behoeve getoond kan worden, zij hebben zich van jagen te onthouden indien dit niet mogelijk is. De wettelijke aansprakelijkheid wordt niet opgeheven door den bijzonderen vorm der vergunning.

De Rechtbank had den gerequireerde dus wegens het niet vertoonen moeten veroordeelen met verbeurdverklaring van het gevangene wild waarop het derde lid van art. 40 der Jachtwet in casu niettoepasselijk is.

Ik concludeer tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep, veroordeeling van den gerequireerde wegens het bejagen van eens anders grond zonder op de eerste vordering het schriftelijke bewijs van vergunning, huur of pacht van den eigenaar of rechthebbende te vertoonen aan eenen met het toezicht op de jacht beslasten ambtenaar, in eene geldboete van *f* 1.50, bij wanbetaling te vervangen door hechtenis van 1 dag, met verbeurdverklaring van den onwettig gevangenen haas, last tot uitlevering daarvan of betaling van de waarde ad *f* 1.— niet bepaling dat zoo aan dien last niet voldaan wordt binnen twee maanden na den dag waarop het arrest kan worden ten uitvoer gelegd, een en ander zal worden vervangen door hechtenis van 1 dag.

Arrest van 28 Jan. 1901:

De H. R. der Ned,

Op het beroep van den Off. van Just. bij de Arr. Rechtbank te 's Gravenhage, requirant van cassatie tegen een vonnis van die Rechtbank van 18 Oct. 1900, waarbij de gerequireerde G. H. H., oud 41 jaar, opzichter van de landsgebouwen, geboren te Assen, wonende te 's Gravenhage, met bevestiging van het vonnis van den Kantonrechter te Delft van 18 April

1900, alsmede van het daarbij bekrachtigde, bij verstek gewezen vonnis van 20 Jan. 1900, doch alleen voor zooverre bij die vonnissen de bij introductieve dagvaarding aan den gerequireerde ten laste gelegde feiten zijn bewezen verklaard, en vernietiging van die vonnissen voor het overige, is ontslagen van alle rechtsvervolging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer de PINTO;

Gelet op het middel van cassatie, door den requirant voorgesteld bij memorie:

Schending door niet of verkeerde toepassing van de artt. 2, 15, 40, 45 begin en c, al. 2 en 6 der Jachtwet, 23, 33 en 34 W. v. Strafr., 10, begin en 14e, en 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. No 64) en 216 W. v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat volgens het bestreden vonnis feitelijk vaststaat:

1o dat de gerequireerde, gelijk hem bij dagvaarding was ten laste gelegd, op 9 Dec. 1899, des voormiddags omstreeks 10½ uur, met een geweer in jagende houding heeft afgeloopen en alzoo heeft gejaagd op een stuk land onder Zegwaard in den Binnenwegschen polder, in eigendom toebehoorende aan C. D. C. B., en tevens dat noch de gerequireerde noch een van de personen, in wier gezelschap hij zich bevond, voorzien was van een schriftelijk bewijs van vergunning van den eigenaar of rechthebbende van dien grond;

2o dat de getuige D. op 9 Dec. 1899 schriftelijke vergunning had van C. D. C. B., om met bijhebbend gezelschap te jagen op voormelden grond;

3o dat D., op 9 Dec. actief deel heeft genomen aan het jachtbedrijf;

4° dat hij de sub 2° vermelde vergunning toen niet kon vertoonen;

O., dat onder deze omstandigheden het ten laste van den gerequireerde bewezen verklaarde, sub 1° omschreven feit door de Rechtbank niet strafbaar is geoordeeld op grond, dat nu D., schriftelijke vergunning om met bijhebbend gezelschap te jagen, van den eigenaar had verkregen, op hem alléén de verplichting rustte om dat bewijs te vertoonen en geenszins op den beklaagde (gerequireerde), vermits deze tot het bijhebbend gezelschap behoorde, dat, al kon D., op 9 Dec. 1899 de vergunning niet vertoonen, daaruit geenszins volgt, dat nu de beklaagde (gerequireerde strafbaar zou zijn;

dat tegen het aldus gemotiveerde ontslag van rechtsvervolging is gericht het middel van cassatie tot staving waarvan wordt aangevoerd, dat, waar D., het schriftelijk bewijs, bedoeld in art. 2 der jachtwet niet bij zich had, hij H., (den gerequireerde) niet kon dekken; dat laatstgemelde alzoo in overtreding was doordien eerstgemelde bedoeld schriftelijk bewijs ter plaatse niet kon vertoonen;

O., daaromtrent, dat naar luid van art. 2, 1ste lid der jachtwet men, om eens anders grond bij vergunning te kunnen bejagen, behalve van eene akte als in art. 1 bedoeld, moet zijn voorzien van een schriftelijk bewijs van den eigenaar of rechthebbende, overeenkomstig art. 1 te vertoonen;

dat hier, waar feitelijk vaststaat, dat D., van den eigenaar B., een schriftelijk bewijs van vergunning had om diens grond met bijhebbend gezelschap te bejagen, de gerequireerde, als tot dat gezelschap behoorende, niet van een afzonderlijk schriftelijk bewijs

van vergunning, op zijn naam afgegeven, behoefde te zijn voorzien;

dat echter nu D. voormeld schriftelijk bewijs op 9 Dec. 1899 niet kon vertoonen, het jachtbedrijf door hem en zijn gezelschap werd uitgeoefend in strijd met de in art. 2. 1e lid, aan het slot gestelde voorwaarde, welker veronachtzaming valt onder het bereik der strafbepaling van art. 40, 1e lid der jachtwet;

dat, ofschoon indien D. het schriftelijk bewijs van vergunning had vertoond, gelijke verplichting niet had berust op den gerequireerde als behoorende tot zijn gezelschap, nu D., aan deze wettelijke verplichting niet had voldaan, het jachtbedrijf der leden van zijn gezelschap, door wie — zoomin als voor wie deze verplichting was vervuld, niet geoorloofd kon zijn alleen uit kracht van een aan den houder der vergunning uitgereikt, maar noch door hem, noch door een der hem vergezellende jagers overeenkomstig de wet vertoond schriftelijk bewijs;

O. mitsdien, dat het middel van cassatie is gegrond;

Vernietigt het door de Arr. Rechtbank te 's Gravenhage den 18 Oct. 1900 in deze zaak gewezen vonnis, alsmede de daarbij deels bekrachtigde, deels vernietigde vonnissen van den Kantonrechter te Delft van 18 April en 20 Jan. 1900, dit laatste echter alleen voor zooveel betreft den gerequireerde;

Uit kracht van art. 105 der Wet op de R. O. ten principale recht doende op de door de Rechtbank ten laste van den gerequireerde bewezen verklaarde feiten;

Gezien de artt. 2, 40. 45 der jachtwet, 10, 14. en 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. No. 64), 23, 33 en 34 W. v. Strafr.;

Qualificeert voormelde feiten als: het bejagen van een

anders grond zonder het op de eerste vordering aan de met het toezicht op de jacht belaste ambtenaren vertoonen van een schriftelijk bewijs van vergunning van eigenaar of rechthebbende;

Verklaart den gerequireerde daaraan schuldig;

Veroordeelt hem te dier zake tot eene geldboete van f1,50;

Bepaalt den duur der vervangende hechtenis bij gebreke van betaling dezer boete binnen twee maanden na den dag, waarop dit arrest zal kunnen worden ten uitvoer gelegd op één dag;

Verklaart verbeurd den onwettig gevangen haas;

Beveelt de uitlevering daarvan of van de waarde geschat op f1.—;

Bepaalt den duur der vervangende hechtenis bij gebreke van voldoening aan dit bevel binnen twee maanden na den dag, waarop dit arrest zal kunnen worden ten uitvoer gelegd op één dag.

§ 22.

JACHTWET. — POLSEN MET EEN POLSSTOK. — NIET STRAFBARE MEDEPLICHTIGHEID AAN DE OVERTREDING VAN ART. 2 DER JACHTWET.

Het met een polsstok in een aan een ander toebehoorend vischwater zonder diens vergunning polsen om alzoo den visch naar het net te drijven, kan alleen worden gequalificeerd als eene daad van volgens art. 52 Strafrecht niet strafbare medeplichtigheid aan, niet als het plegen of het medeplegen van de overtreding van art. 2 der jachtwet.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

De Rechtbank te Winschoten heeft bevestigd een

vonnis van den Kantonrechter te Zuidbroek waarbij is uitgemaakt dat hij die, terwijl anderen een aaljaagnet gespannen houden, in het water plonst om de visch in het net te drijven, niet srafbaar is zoo dit in eens anders vischwater zonder diens vergunning geschiedt, omdat deze handeling niets anders zou zijn dan behulpzaam zijn bij het visschen.

Tegen deze beslissing is de officier van justitie te Winschoten in beroep gekomen als eerste cassatiemiddel voorstellende: Schending door niet-toepassing van de artt. 2, 24 en 40 van de wet van 13 Juni 1857, (Stbl. No. 87) tot regeling der jacht en visscherij, van art. 47 van het Wetboek van Strafrecht en van art. 221 van het Wetboek van Strafvordering.

Het middel komt mij gegrond voor. Art. 24 der Jachtwet verstaat onder visschen het te water brengen, lichten of ophalen van vischnetten, korven of andere vischtuigen, alsmede het bezigen van alle andere middelen om visch te vangen. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt naar de personen door wie en het doel waarmede de handelingen bedreven worden. Zooals de Hooge Raad in meer dan een arrest besliste (ik verwijs naar dat van 21 Juni 1897, Wbl. 6987), blijkt uit de bepaling van art. 13 *a* dat hetgeen handlangers verrichten in de jachtwet in het algemeen ook onder visschen is begrepen, daar anders vrijstelling van akte voor sommige hunner niet noodig was.

De kantonrechter, die ook den medehanteerder van het net vrijsprak omdat hij medeplichtige was, doch als dader vervolgd, schijnt teruggevallen te zijn in de bij genoemd arrest verworpene leer dat alleen de aktehouder vischt, welke leer trouwens ook daarom onjuist is omdat zij de mogelijkheid wegneemt tot

beslissing van het geval dat geen der deelnemers eene akte heeft.

En wanneer nu twee personen een net te water brengen, het vasthouden terwijl een derde met eenen polsstok de visch in het net drijft, en het daarna ophalen, dan verrichten zij gezamenlijk eene handeling van visschen, waaraan die derde deelneemt door het bezigen van een middel om visch te vangen.

Het tweede middel betreft den vorm der in appel gewezene uitspraak. Het luidt: Schending door verkeerde toepassing van de artt. 48 en 52 van het Wetboek van Strafrecht en van art. 216, al. 2 van het Wetboek van Strafvordering.

In het vonnis der Rechtbank staat, dat het vonnis van den eersten rechter wordt bevestigd, zoowel op grond van het onderzoek door den rechter in hooger beroep, als door dien in eersten aanleg ingesteld, zooals dit laatste volgens het daarvan opgemaakte procesverbaal heeft plaats gehad. De grief van den requirant is nu dat de uitkomsten waartoe het nadere onderzoek heeft geleid niet worden vermeld, zoodat het vonnis niet voldoende met redenen is omkleed.

Deze grief acht ik ongegrond. Het rusultaat ook van het nieuwe onderzoek is bevestiging van het in het oog des rechters juist gewezene vonnis, m.a.w. de beslissing dat dit onderzoek geene aanleiding geeft tot eene andere beschouwing dan die des eersten rechters omtrent het bewezene, en strafbare van de telast gelegde feiten, de schuld, de opgelegde straf, in één woord al wat de eerste uitspraak tot eene juiste maakte.

Evenmin nu als de rechter in eersten aanleg meer in zijn vonnis behoeft te vermelden omtrent zijn onderzoek, dan wat voor motiveering zijner beslissing noodig is, heeft de rechter in appel rekenschap te

geven van hetgeen hij niet noodig heeft om zich met de eerste belissing te vereenigen.

En de vermelding in het vonnis van het nieuwe onderzoek is niets dan een terrugslag op art. 246 Wetboek van Strafvordering, volgens hetwelk dit nieuwe onderzoek mede als aanleiding tot de beslissing moet genomen worden.

Naar aanleiding van het eerste middel concludeer ik tot vernietiging van het vonnis, waarvan beroep, en veroordeeling van den gerequireerde krachtens de artt. 2, 24 en 40 der wet van 13 Juni 1857, (Stbl. 87), 10, 14o en 11 der wet van 15 April 1886, (Stbl. 64), en 23 en 91 van het Wetboek van Strafrecht, wegens bevisschen van eens anders vischwater zonder voorzien te zijn van een schriftelijk bewijs van vergunning van den eigenaar of rechthebbende, in eene geldboete van *f* 2.50, bij wanbetaling te vervangen door hechtenis van twee dagen.

Arrest van 28 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Off. v. Just. bij de Arr. Rechtbank te Winschoten, requirant van cassatie tegen een vonnis van voorzegde Rechtbank van 26 Oct. 1900, waarbij, met toepassing van de artt. 48 52 en 91 W. v. Strafr., de art. 2 en 24 der wet van 13 Juni 1857 (Stbl. N°. 87), de artt. 256, 247 en 216 W. v. Strafv., is bevestigd een vonnis van den Kantonrechter te Zuidbroek van 22 Aug. 1900, voor zoover daarbij D. P., oud 25 jaar, van beroep arbeider, geboren en wonende te Zuidbroek, was ontslagen van rechtsvervolging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EIJSSELL;

Gelet op de middelen van cassatie, door den requivoorgesteld bij memorie;

I. Schending door niet- toepassing van de artt. 2, 24 en 40 der wet van 13 Juni 1857 tot regeling der jacht en visscherij, van art. 47 W. v. Strafr. en van art. 221 W. v. Strafv.

II. Schending door verkeerde toepassing van de artt. 48 en 52 W. v. Strafr. en van art. 216, al. 2, W. v. Strafv.;

Gehoord den Adv. Gen. NOYON namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz,;

Overwegende, dat de gerequireerde blijkens het bestreden vonnis terecht is gesteld met nog twee andere personen ter zake: dat zij op 17 Juni 1900 des voormiddags te ongeveer drie uur samen en in vereeniging te Tripscompagnie, gemeente Muntendam, in een vischwater in eigendom en vischrecht toebehoorende aan H. F. aldaar, althans in beide opzichten aan een ander dan aan een van hen beklaagden, hebben gevischt met een aaljaagnet, de medebeklaagden van den gerequireerde door dit vischtuig te water te brengen en daaruit weder op te halen, de gerequireerde D. P. door met een polsstok in het water te polsen en alzoo den visch naar het net te drijven zulks zonder te zijn voorzien van een schriftelijk bewijs van vergunning van den eigenaar of rechthebbende van het bevischte water;

dat de Kantonrechter, wiens beslissing door de Rechtbank met overneming van diens gronden is bevestigd, wettig en overtuigend bewezen heeft verklaard, dat de beklaagden op tijd en plaats bij dagvaarding gesteld de handelingen hebben gepleegd zooals die opzichtens ieder hunner in het bijzonder in de dagvaarding zijn aangeduid en zulks zonder voorzien te zijn van een schriftelijk bewijs van vergunning, met qualificatie van het ten aanzien van den eersten beklaagde bewezene als „bevisschen van eens anders

„vischwater zonder voorzien te zijn van een schriftelijk „bewijs van vergunning van den eigenaar of recht- „hebbende" en strafoplegging aan dien beklaagde te dezer zake;

dat echter de Kantonrechter den gerequireerde van rechtsvervolging heeft ontslagen uit overweging, dat het hem ten laste gelegde en bewezen verklaarde feit van *met een polsstok in het water te polsen en alzoo den visch naar het net te drijven*, niet in den zin der wet als *visschen* mag worden gequalificeerd, wel als medeplichtigheid aan visschen, dus aan niet strafbare medeplichtigheid aan eene overtreding;

O., dat tegen deze beschouwing en beslissing door den requirant ter ondersteuning van het eerste middel, wordt aangevoerd, dat een aaljaagnet niet door één persoon kan worden beheerd en visschen daarmede alleen tot het gewenschte resultaat kan leiden, wanneer het water wordt afgepolst en alzoo de visch naar het net wordt gedreven; dat de gerequireerde, zonder te zijn voorzien van het vereischte bewijs van vergunning, juist dit verricht en dus rechtstreeks deelgenomen heeft aan het onwettig visschen van zijnen medebeklaagde, zoodat hij, ook met het oog op hetgeen art. 24 der jachtwet onder visschen verstaat, moet geacht worden dader te zijn en, in den zin der wet gevischt hebbende, ten onrechte van rechtsvervolging is ontslagen;

dat het tweede middel berust op de bewering, dat nu de Rechtbank het vonnis des Kantonrechters heeft bevestigd ook op grond van het opnieuw door haar zelve gehouden onderzoek, zij in haar vonnis ook de uitkomsten had behooren te vermelden, waartoe dit onderzoek heeft geleid, doch zij die vermelding in strijd met de wet nagelaten heeft;

O. aangaande laatstgenoemd middel, dat als den

vorm betreffende het eerst moet worden onderzocht, dat nu de Rechtbank, juist op grond o. a. van de in dat middel vermelde artikelen van het Wetb. van Strafrecht, tot het besluit kwam dat het ten laste van den gerequireerde alleen gebleken *behulpzaam* zijn aan eenen ander die vischte niet strafbaar was, zij eene juiste toepassing gegeven heeft aan het mede aangehaalde art. 216, lid 2, W. v. Strafvord. door den gerequireerde van rechtsvervolging te ontslaan;

dat voorts de door het middel gewraakte motiveering ook niet indruischt tegen het op dit punt voorgeschrevene voor uitspraken in hooger beroep, bepaaldelijk niet tegen de krachtens art. 256 W. v. Strafvord. hier toepasselijke artikelen 247 en 248 van dit Wetboek en het 2e cassatiemiddel dus is ongegrond;

dat immers de vermelding van het nieuwe onderzoek door de Rechtbank kennelijk is gedaan ten blijke dat zij overeenkomstig art. 246 de beraadslaging over de punten, tot welke zij naar voorzegd artikel en art. 211 was gehouden, óók naar aanleiding van dat nieuwe onderzoek gevoerd heeft;

dat, nu de uitkomst van dit tevens hierop letten is geweest de bevinding, dat ten aanzien van al de punten van beraadslaging het vonnis des Kantonrechters behoorde te worden bevestigd en geene aanvulling of verbetering overeenkomstig art. 247 behoefde, de Rechtbank voldoende rekenschap van deze uitkomst gegeven heeft door te overwegen, dat zij de gronden van den Kantonrechter juist, dus ter motiveering van de beslissing toereikend oordeelt en die toereikende gronden overneemt;

Ten aanzien van het eerste cassatiemiddel:

O, dat, naar de feitelijke beslissing, ten laste van den gerequireerde P. niet is gebleken, dat hij met het

aaljaagnet, hetwelk door den veroordeelde S. en den vrijgesprokene V. te water gebracht en daaruit weder opgehaald werd, eenige daad van visschen als bij art. 24 der jachtwet omschreven heeft verricht, doch alleen, dat hij naar het door die 2 personen in dier voege gebezigde net de visch heeft gedreven door met een polsstok te polsen in het water, dat met het net bevischt werd, hierdoor naar des Kantonrechters uitdrukkelijke uitspraak den veroordeelden medebeklaagde *behulpzaam* zijnde bij het visschen;

dat noch naar deze beslissingen noch naar den aard der zaak, dit in het water polsen met een dáartoe ingericht voorwerp, dat niet is en ook niet kan dienen als een *vischtuig*, is een middel voor dengeen, die aldus handelt, om zelf visch te vangen of te dooden;

dat dientengevolge op zich zelf het bedrijf van den gerequireerde nïet is geweest het bezigen van een bij het slot van art. 24 bedoeld middel tot bemachtiging van visch, aldaar op ééne lijn gesteld met „visschen" door middel van *vischtuigen*; dat dus de gerequireerde geene zelfstandige daad, onder het wettelijk begrip van „visschen" volgens meergemeld artikel vallende, heeft verricht;

dat het polsen, als middel bevorderend zulk eene handeling van een ander, die daarbij handelt in strijd met wettelijke onder straf gestelde voorschriften op dit stuk, zou zijn geweest eene onder het 1e lid van art. 48 W. v. Strafr. vallende daad, opleverende strafbare medeplichtigheid aan een strafbaar feit van visschen, ware het niet dat dit laatste niet is misdrijf, maar overtreding, en de medeplichtigheid aan overtreding bij art. 52 W. v. Strafr. niet strafbaar is verklaard;

O., dat alzoo de gerequireerde, al polste hij in het vischwater van iemand anders zonder diens schrifte-

lijk verlof, noch de zelfstandige dader is geweest van een strafbaar visschen, noch de medepleger van het strafbaar visschen door een ander, maar de volgens art. 52 W. v. Strafr. onstrafbare medeplichtige van het door laatstgenoemde bedreven strafbare feit;

O., dat dus ook het eerste middel van cassatie is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 23.

GETUIGENVERKLARING BIJ REDENEERING (GEENE).

Waar de wettelijke vertegenwoordiger van minderjarigen, die als zoodanig hun vermogen moet beheeren en dat beheer aanvangen met de inventarisatie van dat vermogen, verklaart, dat bij die inventarisatie iemand is opgekomen met eene schuld, die als een last van den boedel in den inventaris is opgenomen, kan deze verklaring niet gezegd worden te zijn opgemaakt bij redeneering, maar bevat zij integendeel hetgeen door hem zelf is gezien, gehoord en ondervonden.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Deze requirant is veroordeeld wegens het valschelijk afleggen van eenen beslissenden eed hem als partij in een geding opgedragen, en inhoudende dat hij aan zijne tegenpartij niet de opdracht had gegeven voor hem zeker proces te voeren.

Als eerste middel van cassatie is bij pleidooi voorgesteld: Schending van de artikelen 211, 221, 223 Strafvordering, doordien het bij het arrest bevestigde vonnis niet heeft onderzocht of de requirant opdracht had gegeven ten zijnen koste te procedeeren, dan wel

slechts verlof gegeven had zijn naam te gebruiken voor het voeren van een proces, en evenmin of de requirant *wist* die opdracht dan wel slechts dat verlof gegeven te hebben, hoewel in het laatste geval van het misdrijf van meineed in casu geen sprake is, en hoewel als verdediging uitdrukkelijk was aangevoerd dat de requirant slechts zijn naam geleend had voor het voeren van een proces.

Het middel komt mij voor feitelijk ongegrond te zijn. Immers nadat de Rechtbank in haar in appel bevestigd vonnis met zoovele woorden beslist heeft, dat door de voorafgaande verklaringen wettig en overtuigend is bewezen, dat de requirant in Januari 1899 aan W. W. heeft verklaard en opgedragen met D. IJ. in leven timmerman te Apeldoorn, de erven v. d. B. in rechten aan te spreken tot betaling van hetgeen hem en IJ. verschuldigd was, dus zeer duidelijk van eene opdracht tot procedeeren spreekt, niet van een leenen van den naam voor een proces, overweegt zij omtrent het opzettelijke van het afleggen van dien valschen eed onder meer, dat de requirant heeft beweerd die opdracht niet te hebben gegeven, doch dat uit de verklaringen der getuigen W. en IJ., in extenso opgenomen, blijkt van de opdracht, terwijl in het bijzonder nog wordt medegedeeld, waaruit blijkt van zijne houding als medeaannemer en medeëischer, waarna geconcludeerd wordt dat hij bewust was van de onwaarheid zijner onder eede afgelegde verklaring en die tegen beter weten aflegde.

Ik moet voorts doen opmerken dat van eene verdediging door den beklaagde ter terechtzitting gevoerd, zooals die thans wordt voorgesteld, nl. dat de req. alleen zijnen naam zou hebben geleend voor het voeren van een proces niet blijkt; alleen in de in-

structie is daarvan een spoor te vinden, maar blijkens het vonnis en het proces-verbaal der terechtzitting, heeft de requirant later enkel ontkend opdracht te hebben gegeven, zonder zich op eenige andere betrekking tot het proces te beroepen. Dit wordt zelfs uitdrukkelijk in het vonnis vermeld, waar het beroep op die betrekking wordt gequalificeerd als eene bewering van den raadsman, niet door den beklaagde gedeeld; en ten overvloede wordt die bewering in het vonnis weerlegd.

Het tweede middel luidt: Schending van de artt. 391, 392 en 407 Strafvordering, doordien het bij het arrest bevestigde vonnis voor het vereischte opzet het bewijs put uit aanwijzingen, welke op hare beurt door aanwijzingen bewezen worden; daar immers het opzettelijk valsch afleggen van den eed bewezen wordt verklaard uit de omstandigheid, dat requirants houding was die van medeaannemer en medeeischer, welke omstandigheid zelve afgeleid wordt uit andere omstandigheden door de verklaringen van getuigen bewezen, namelijk a) dat beklaagde over voorschot weigeren gesproken heeft, waarvan hij niet behoefde te reppen wanneer hij wist geene mede-procesvoerende partij te zijn, b) dat beklaagde afkeurde dat D. IJ. de schuld van f 319 alleen te diens name had opgegeven, welke afkeuring alleen zin had, wanneer hij, W., medeaannemer en medeschuldeischer was, c) dat beklaagde persoonlijk den voogd der kinderen d. B. aangemaand heeft tot betaling, waartoe geen reden bestond wanneer hij niets van hen te vorderen had.

Hier wordt m.i. de in zich zelve in de wet gegronde leer, dat aanwijzingen slechts mogen berusten op wettelijke bewijsmiddelen buiten hare natuurlijke grenzen toegepast. Wat doet toch de Rechtbank? Tot constructie van het bewijs van beklaagdes opzet voert

zij onderscheidene ook in het middel vermelde, omstandigheden aan, die, vermits zij leiden tot de gevolgtrekking dat de beklaagde zich gedragen heeft als medeaannemer en medeëischer, mede strekken tot bewijs van dat opzet.

Indien de Rechtbank al de omstandigheden die in hare opvatting aanwijzingen voor het opzet opleveren, eenvoudig naast elkander had vermeld zonder eenige rekenschap te geven van het verband dat zij er in opmerkt, zou voorzeker niemand haar verwijten dat zij zich aan de formeele bewijsregelen vergrepen had. Heeft zij dit dan wel gedaan door te zeggen, waarom zij die omstandigheden als aanwijzingen beschouwt, door ook den lezer van het vonnis te willen doen gevoelen dat hare beslissing logisch uit het bewijsmateriaal volgt?

De hier door de Rechtbank medegedeelde gedachtengang heeft met de leer van het wettelijk bewijs niets te maken, en wordt in het cassatiemiddel geheel miskend.

Ook het derde middel — Schending van de artt. 391, 392 en 398 Strafvordering, doordien het bij het arrest bevestigde vonnis het bewijs van het vereischte opzet onder andere put uit eene verklaring, welke niet over zelf waargenomene feiten loopt, maar eene bijzondere bij redeneering opgemaakte meening of gissing bevat, te weten de verklaring van den getuige H. „dat er in den boedel dier kinderen eene schuld bestaat ten voordeele van D. IJ., groot ƒ 319, wegens restant-aannemingsom voor een in 1890 te Apeldoorn gebouwd winkelwoonhuis met bakkerij" — komt mij ongegrond voor, daar er geene reden is waarom iemand niet uit eigene waarneming zou kunnen weten dat in eenen bepaalden boedel eene schuld ten voor-

deele van een aangewezen persoon en tot een opgegeven bedrag bestaat wegens eene bepaalde schuldoorzaak; aanwijzingen, dat hier eene op redeneering gegronde meening of gissing zou zijn ten beste gegeven, bestaan er in elk geval niet.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 28 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van W. W. S., volgens zijne opgave oud 63 jaren, van beroep metselaar, geboren te Brielle, wonende te Apeldoorn, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van den 27 Sept. 1900, waarbij is bevestigd het vonnis, den 13en Juni bevorens in deze zaak gewezen door de Arr. Rechtbank te Zutphen, bij hetwelk de requirant is schuldig verklaard aan het mondeling, persoonlijk opzettelijk onder eede afleggen van eene valsche verklaring in een geval, waarin een wettelijk voorschrift aan eene verklaring onder eede rechtsgevolgen verbindt en te dier zake, met toepassing van art. 207 Wetb. v. Strafr., tot gevangenisstraf is verwezen, doch dit vonnis is vernietigd ten aanzien van den duur dier straf, welke door het Hof van een jaar is teruggebracht tot zes maanden;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EIJSSELL.

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending van de artt. 211, 221 en 223 van het Wetb. v. Strafv.;

II. Schending van de artt. 391, 392 en 407 Wetb. v. Strafv.;

III. Schending van de artt. 391, 392 en 398 Wetb. v. Strafv.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende tot enz.;

Overwegende, dat blijkens het vonnis der Rechtb., met overneming der motieven bevestigd door het beklaagde arrest, behalve alleen ten aanzien van den duur der opgelegde straf, de requirant terecht heeft gestaan ter zake: „dat hij op den 7en Maart 1900 „voor den Kantonrechter te Apeldoorn, ter terecht- „zitting voor burgerlijke en handelszaken in de zaak „van Mr. W. W. tegen hem, beklaagde, opzettelijk „valschelijk in strijd met de waarheid heeft afgelegd „den navolgenden hem opgedragen beslissenden eed: „het is niet waar dat ik in de maand Jan. 1899 aan „den eischer heb verklaard en opgedragen met D. IJ. „in leven timmerman te Apeldoorn, de erven v. d. „B. in rechten aan te spreken tot betaling van de „som van *f* 319.— per resto aan ons verschuldigd „voor het in 1890 weder opgebouwde winkelwoonhuis „met bakkerij in de Dorpstraat te Apeldoorn en dat eischer die opdracht heeft aanvaard";

dat de Rechtbank afzonderlijk heeft onderzocht wat betreft A het feit van het afleggen van eenen eed, B de valscheid van den inhoud van de onder eede afgelegde verklaring, C het opzettelijke van het afleggen van den valschen eed, D het rechtsgevolg van het afleggen van dien eed, en als slotsom van al het daaromtrent overwogene wettig en overtuigend bewezen heeft verklaard hetgeen aan den requirant is telast gelegd, met beslissing dat hij daaraan schuldig is, „blijkende zijn opzet uit hetgeen overwogen is sub C," met qualificatie van het feit en met verwerping na onderzoek van de aangevoerde verdediging;

O., dat de voorgestelde cassatiemiddelen zijn gericht tegen 's rechters beslissingen sub B en C, waarvan die

sub B luidt: „dat W. in de maand Januari 1899 „aan Mr. W heeft verklaart en opgedragen met „D. IJ., in leven timmerman te Apeldoorn, de „erven v. d. B. in rechten aan te spreken tot „betaling van de som van 319. — , per resto aan W. „en IJ. verschuldigd voor het in 1890 opgebouwde „winkelwoonhuis met bakkerij in de Dorpstraat, te „Apeldoorn, en dat Mr. W. die opdracht „heeft aan„vaard"; dat alzoo de onder eede afgelegde ver„klaring is in strijd met de waarheid en is valsch";

O., dat bij het eerste cassatiemiddel, gericht tegen evenvermelde beslissing, beweerd wordt, dat niet zou zijn onderzocht of de requirant opdracht had gegeven om te procedeeren ten zijnen koste, dan wel (zooals vaststaat dat hij als verdediging uitdrukkelijk had aangevoerd) slechts verlof had gegeven om voor het voeren van een proces (tegen de erven v. d. B.) zijnen naam te gebruiken, en evenmin of de requirant *wist* die opdracht dan wel slechts zulk een verlof te hebben gegeven;

O., dat blijkens den inhoud der straks vermelde beslissing aan dit middel de feitelijke grondslag ontbreekt, daar aan die beslissing voorafgaat de vermelding van getuigenverklaringen omtrent het al of niet bestaan hebben van eene stellige opdracht tot procedeeren, en de Rechtbank juist *op grond* van die verklaringen hare beslissing geeft, waarin, in letterlijke overeenstemming met de in de telastlegging voorkomende woorden van den aan requirant opgedragen en door hem afgelegden eed, wordt vermeld, eene *opdracht*, aan Mr. W. gedaan en door dezen *aangenomen,* om de erven v. d. B., in rechten aan te spreken;

dat deze aldus gegeven beslissing reeds op zich

zelve geenen twijfel overlaat omtrent 's rechters bevinding, dat de requirant geweten heeft aan Mr W. te verleenen eene *opdracht* in onderscheiding van een bloot verlof om voor het te voeren proces zijnen naam te gebruiken; dat bovendien elke twijfel omtrent deze bevinding wordt uitgesloten door de overwegingen der Rechtbank omtrent requirants opzet;

O., dat in het vonnis sub C allereerst vermeld worden vijf punten als verklaard door den req., vervolgens omtrent de twee eerste dier punten eene verklaring van den getuige H., en omtrent het derde, vierde en vijfde punt de verklaring van de getuigen Mr W. en J. W, IJ., waarna het vonnis aldus voortgaat: „dat door al het vorenstaande, behalve de verklaringen van beklaagde sub 1o en 4o, in onderling „verband en samenhang beschouwd, bewezen is dat „beklaagde's verhouding is geweest die van medeaannemer en dat hij als zoodanig mede- eischer was „voor de ƒ319,—, hebbende hij persoonlijk nimmer „uitdrukkelijk ter terechtzitting verklaard, dat hij „alleen onderaannemer of gewoon werkman van „IJ., was, blijkende immers beklaagde's houding „van mede-aannemer en mede-eischer in het bijzonder daaruit: *a* dat beklaagde over voorschot „weigeren gesproken heeft, waarvan hij niet behoefde „te reppen, wanneer hij wist geene mede procesvoerende partij te zijn; *b* dat beklaagde afkeurde, dat D. IJ. „de schuld van ƒ319.— alleen ten diens name in „den inventaris der nalatenschap van de vrouw van „E .E. v. d. B., had opgegeven, welke afkeuring „alleen zin heeft, wanneer hij. W., mede-aannemer en mede-schuldeischer was; *c* dat beklaagde „persoonlijk den voogd der kinderen v. d. B. aangemaand heeft tot betaling, waartoe geen reden be-

„stond, wanneer hij niets van hen te vorderen had;

„Overwegende, dat uit dit alles blijkt, dat de be„klaagde bewust was van de onwaarheid zijner onder „eede afgelegde verklaring en dat hij opzettelijk te„gen beter weten in die verklaring valsch aflegde;

dat hiertegen is gericht het tweede cassatiemiddel, waarbij beweerd wordt afleiding van het bewijs van requirants opzet uit aanwijzingen, op hare beurt bewezen door aanwijzingen, dewijl dit opzet wordt afgeleid uit requirants houding van mede-aannemer en mede-eischer en deze omstandigheid wederom bewezen wordt door de punten onder *a*, *b* en *c* zooeven vermeld;

O., dat deze voorstelling niet juist is; dat immers de Rechtbank hare beslissing omtrent requirants „verhouding (als) geweest die van mede-aannemer", doet rusten op „al het vorenstaande" met twee uitzonderingen en dan uit dit „alles" — dus drie verklaringen van requirant en drie getuigenverklaringen — bijzonderheden uit die verklaringen ter sprake brengt als de mogelijkheid eener andere opvatting uitsluitende, zulks op grond, dat die bijzonderheden naar het gemotiveerde oordeel van den rechter *onvereenigbaar* zijn met eene afwijkende opvatting;

O., dat alzoo de Rechtbank, zelfs al neemt men met het middel aan, dat het slot der bovenvermelde overweging in zich sluit opneming ook van voorzegde beschouwing des rechters in zijne bewijsconstructie aangaande het opzet, niets anders heeft gedaan dan eene bepaalde aanwijzing omtrent dat opzet (te weten 's rechters opvatting van requirants verhouding of houding) als bewezen aan te nemen, zoowel op positieve gronden ontleend aan hetgeen door den beklaagde aan de getuigen is verklaard, als op negatie-

ve gronden ontleend aan de naar 's rechters oordeel bestaande onmogelijkheid, om een deel van het verklaarde te rijmen met eenige andere aan den requirant toe te schrijven houding; dat deze gronden behooren tot de waardeering der afgelegde verklaringen, die uitsluitend aan den over de feiten oordeelenden rechter behoort, terwijl blijkt, dat de door de Rechtbank gebezigde aanwijzing ontleend aan de houding van den requirant, niet in strijd met art. 407 Wetb. v. Strafvord. is afgeleid uit aanwijzingen, maar het bewijs overeenkomstig dat artikel n° 1 en 4, verkregen is uit verklaringen van getuigen en opgaven van den beklaagde;

O., dat het beklag van het derde cassatiemiddel over het bezigen van eene meening of gissing als getuigenis betreft de almede sub C als bewijsmiddel gebruikte verklaring van den straks reeds genoemden getuige H., dat er in den boedel der kinderen v. d. B. eene schuld bestaat ten voordeele van D. IJ., groot *f* 319.—, wegens restant aannemingssom voor een in 1890 te Apeldoorn gebouwd winkelwoonhuis met bakkerij;

O., dat blijkens het vonnis die getuige werkelijk aldus verklaard heeft, doch onder bijvoeging, dat hij is voogd der tot den boedel gerechtigde minderjarigen; dat hij in den boedel quitantiën betreffende de bouwschuld gevonden heeft; dat bij de inventarisatie van dien boedel D. IJ. is opgekomen met het beweren, dat de bovenvermelde schuld nog bestond en die schuld toen na overleg omtrent zekere bij te voegen reserves als een last van den boedel in den inventaris opgenomen is;

O., dat, waar de wettelijke vertegenwoordiger van minderjarigen, die als zodanig hun vermogen moet

beheeren en dat beheer moet aanvangen met de inventarisatie van dat vermogen, onder de voorschreven omstandigheden de in het middel omschreven verklaring aflegt, die verklaring niet kan gezegd worden te zijn opgemaakt bij redeneering, maar integendeel bevat hetgeen door hemzelven is gezien, gehoord en ondervonden, en daarom als bewijsmiddel dienen kan;

O., dat dus al de aangevoerde cassatiemiddelen zijn ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 24.

LISTIGE KUNSTGREPEN. — BEDROG. — OVERTREDING VAN DE BOTERWET.

Waar van de zijde van den verkooper al het noodige is gedaan om het ingevolge art. 329, 2° *Strafrecht strafbare feit te voltooien, terwijl ook de koopster de waar als de haar geleverde heeft aangenomen, is het misdrijf volbracht, niet alleen gepoogd, ook al zijn door de koopster maatregelen genomen om het eventueel te plegen bedrog te ontdekken en te trachten zich tegen verdere schade te vrijwaren.*

Al moge het ontbreken der aanduiding „margarine" op de — als natuurboter bevattende — geleverde vaatjes eene overtreding van de boterwet opleveren, belet dit niet, dat deze omstandigheid in verband met andere kan worden aangemerkt als een listige kunstgreep in den zin van art. 329 2° *Strafrecht.*

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Deze req. is veroordeeld ter zake, dat hij als verkooper den kooper door middel van listige kunstgre-

pen heeft bedrogen ten opzichte van den aard van het geleverde.

In deze zaak doet zich de eigenaardigheid voor dat de kooper twijfelde aan de eerlijkheid van zijnen leverancier en daarom reeds vóór de levering maatregelen had genomen om terstond na de levering zich van den aard van het geleverde te kunnen vergewissen. In alle instantiën is op grond hiervan beweerd, dat het telast gelegde misdrijf niet voltooid is, omdat de kooper in werkelijkheid niet in den waan heeft verkeerd, dat hem volgens de overeenkomst geleverd was, dat hij dus niet gezegd kan worden bedrogen te zijn. De bewering is thans geformuleerd in het eerste cassatiemiddel, luidende: Schending en verkeerde toepassing van art. 329, 2° Wb. van Strafr., daar het arrest van het Hof te 's-Gravenhage een der vormen van bedrog aanneemt, terwijl de bewezen verklaarde feiten in geen geval meer dan poging daarvan zouden kunnen opleveren.

Ter verklaring van hetgeen de wet in art. 329 onder bedriegen verstaat, deed requirants pleiter ten onrechte een beroep op de woorden van den in deze zaak als getuige gehoorden kooper, verklarende dat hij maatregelen had genomen om niet bedrogen te worden. De getuige wilde blijkbaar zeggen, dat hij bij zijnen twijfel maatregelen had genomen om tegen schade gevrijwaard te zijn en is overigens geene autoriteit op het gebied van uitlegging der Strafwet.

Feitelijk staat hier vast, dat geleverd en aangenomen is; de kooper heeft toch daden van beschikking over het geleverde verricht door het tot onderzoek in handen van de politie te stellen. Tevens staat vast, dat de kooper niet wist dat hem margarine voor boter geleverd werd, al vreesde hij er voor.

Wanneer nu geleverd wordt naar aanleiding van eene koopovereenkomst, verkeert de kooper uit den aard der zaak in de meening, dat hij het gekochte ontvangt. Alleen wanneer hij het tegendeel weet is die meening weggenomen. Maar meerdere of mindere vastheid van overtuiging kan hierop geenen invloed hebben. Waar toch zou de grens zijn?

En te recht wordt in het aangevallen arrest overwogen, dat het bedrog niet vervalt, door het voornemen van den kooper om niet te betalen dan wanneer hem blijkt, dat de verkochte waar geleverd is of om bij eventueele bedrieglijke levering hiervan terstond kennis te zullen geven aan de politie. Deze voornemens wijzen alleen op de bedoeling om maatregelen te nemen tot het ontdekken van eventueel gepleegd bedrog en het verijdelen van zijne gevolgen, speciaal tot het voorkomen van daaruit voortvloeiend nadeel. In zooverre heeft ook beteekenis de opvatting van het Hof (al is zij misschien in wat al te ruime termen uitgedrukt), dat het niet afdoet of de kooper door de handelingen van den verkooper eenig nadeel zou kunnen lijden.

De geschiedenis van art. 329 leert niet anders. Wel wordt op den voorgrond gesteld, dat er bedrog moet zijn, maar over de mate van vastheid der dwaling die eene voorwaarde van bedrog is wordt niets gezegd.

Het eerste middel komt mij derhalve ongegrond voor.

Het tweede middel luidt: „Schending en verkeerde toepassing van art. 329, 2o Wb. van Strafr. daar het bestreden arrest ten onrechte beslist dat er listige kunstgrepen zijn aangewend.

De beteekenis van dit middel is, blijkens de toelichting, niet dat iets als bewezen is aangenomen wat

onbewezen is gebleven, maar dat de tot het plegen van bedrog aangewende middelen ten onrechte als listige kunstgrepen beschouwd zijn.

Die middelen zijn geweest het doen per brief van een aanbod van zuivere gewaarborgde natuurboter en verpakking van de geleverde margarine in gewone tonnetjes, zonder aanduiding dat deze margarine of iets anders dan natuurboter inhielden.

Om twee redenen zou hier nu volgens het pleidooi geene listige kunstgrepen zijn. Ten eerste omdat het verpakken van margarine in gewone botervaten zonder eenig opschrift, dat den inhoud vermeldt, enkel eene overtreding van de boterwet oplevert. Maar het is mij niet duidelijk waarom eene handeling niet tot twee wetsovertredingen zou kunnen leiden; op de mogelijkheid daarvan berust zelfs de bepaling van art. 55 Wetb. van Strafr. Er werd nu afgeleverd op eene wijze waaruit, in verband met de bepalingen der boterwet, moest worden afgeleid dat geleverd werd wat gekocht was, nl. boter; het uiterlijk voorkomen der verpakking moest dienen om de gedachte aan bedrog uit te sluiten, daarom is het geven van dat voorkomen een listige kunstgreep.

In de tweede plaats wordt het karakter van listige kunstgreep aan de gepleegde handeling ontzegd, omdat de req. indien hij het woord margarine op de verpakking had aangebracht, a priori zijne geheele onderneming zou hebben doen mislukken.

Maar 't is toch juist het eigenaardige van listige kunstgrepen dat, zoo ze niet waren aangewend, het bedrog niet zou hebben plaats gevonden; daarvoor zijn zij de middelen tot het plegen van het bedrog.

Ook met het tweede middel kan ik mij derhalve niet vereenigen.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 28 Jan. 1901:

De H. R. der Nederlanden.,

Op het beroep van C. v. d. S., oud 27 jaar, koopman, geboren te Zegwaard, wonende te Rotterdam requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage van den 27 Sept. 1900, waarbij, op het door den Off. van Just. ingesteld hooger beroep, het vonnis van de Arr. Rechtb. te Rotterdam van 22 Mei 1900, bij hetwelk de requirant ten deele was vrijgesproken, ten deele ontslagen van rechtsvervolging, werd bevestigd, voor zoover de exceptie van nietigheid van dagvaarding werd verworpen en voor zoover de requirant werd vrijgesproken van het hem primair ten laste gelegde op 21 Oct. 1899 gepleegde feit, alsmede voor zoover hij werd ontslagen van rechtsvervolging, doch voor het overige dat vonnis werd vernietigd, de requirant werd schuldig verklaard aan „het als verkooper „den kooper bedriegen ten opzichte van den aard „van het geleverde door het aanwenden van listige „kunstgrepen" en, met toepassing van de artt. 239 in verband tot 214, 237 en 219 van het Wetb. v. Strafv.„ alsmede van de artt. 10 en 329 Wetb. v. Strafr., werd veroordeeld tot eene gevangenisstraf voor den tijd van zes maanden, met vrijspraak van het meerdere hem in de eerste plaats subsidiair ten laste gelegde, en met bevel ten aanzien der overtuigingstukken zooals verder in het arrest is vermeld;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. VAN TEIJLINGEN;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending en verkeerde toepassing van art. 329, 2°, Wetb. v. Strafr., daar het arrest van het Hof te 's Gravenhage een der vormen van bedrog aanneemt, terwijl de bewezen verklaarde feiten in geen geval meer dan poging daarvan zouden kunnen opleveren;

II Schending en verkeerde toepassing van art. 329, 2°, Wetb. v. Strafr. daar het bestreden arrest ten onrechte beslist, dat er listige kunstgrepen zijn aangewend;

Gehoord den Adv. Gen. Noyon, namens den Proc-Gen., in zijne conclusie, strekkende tot enz.;

Overwegende, dat het beroep onbeperkt is ingesteld, doch niet-ontvankelijk is voor zoover het is gericht tegen de in het arrest vervatte vrijspraak;

Overwegende, voor zoover het beroep ontvankelijk is: dat den requirant onder meer is ten laste gelegd en door het Hof wettig en overtuigend bewezen is verklaard, dat hij, requirant, op den 21 October 1899 te Rotterdam aan de American Petroleum Company heeft verkocht en geleverd als boter eene waar, daarop gelijkende, doch het niet zijnde, en de koopster ten opzichte van den aard van het geleverde bedrogen heeft, door haar per brief aan te bieden zuiver gewaarborgde natuurboter en door die waar te verpakken in gewone tonnetjes zonder aanduiding, dat deze margarine of iets anders dan natuurboter inhielden, plegende hij alzoo dat bedrog door aanwending van gemelde listige kunstgrepen; aan welke bewezen verklaarde feiten de qualificatie is gegeven en ten gevolge waarvan aan den requirant de straf is opgelegd gelijk aan het hoofd van dit arrest is vermeld;

Overwegende, dat het bewijs van bovengemelde feiten, blijkens het arrest, berust onder andere op de aanwijzingen voortvloeiende uit de verklaringen der

getuigen I. en L., waarvan eerstgenoemde, onder meer, heeft verklaard, dat op het door hem aangegeven uur de bestelde vijf vaatjes boter zijn gekomen en hij door getuige L. die vaatjes in beslag heeft laten nemen en er monsters uit heeft laten trekken; terwijl de tweede genoemde getuige heeft verklaard, dat hij, ingevolge afspraak met getuige I., zich op 21 Oct. tusschen vijf en zes uur op het kantoor der American Petroleum Company heeft bevonden en toen heeft gezien, dat aan getuige I. werden afgeleverd vijf vaatjes, die geheel het uiterlijk hadden van botervaatjes, en dat hij in overleg met I. uit twee dier vaatjes een monster van den inhoud genomen heeft;

Overwegende, dat namens den req, naar aanleiding van het eerste middel van cassatie is betoogd, dat hier geen bedriegen van den kooper door den verkooper ten opzichte van den aard van het geleverde heeft plaats gegrepen, wijl de koopster, vermoedende dat zij bedrogen zou worden, maatregelen had genomen om dit te voorkomen, door den getuige L. bij de verwacht wordende levering tegenwoordig te doen zijn en de in beslagneming benevens het onderzoek te doen geschieden, zooals uit de boven aangehaalde getuigenverklaringen is gebleken;

Overwegende, dat door het Hof feitelijk is uitgemaakt, dat req. aan de American Petroleum Company te koop heeft aangeboden en later verkocht zuivere gewaarborgde natuurboter, dat de levering van de verkochte waar heeft plaats gegrepen en dat de koopster haar heeft in ontvang genomen, alsmede dat die waar, na onderzoek, is gebleken te zijn geen zuivere gewaarborgde natuurboter, maar een op boter gelijkend spijsvet in samenstelling en eigenschappen overeenkomende met margarine;

dat onder deze omstandigheden het Hof het ten laste gelegde bedrog te recht als voltooid heeft aangemerkt;

dat immers, van de zijde van den verkooper alles was geschied wat noodig was ter voltooiïng van het strafbare feit, terwijl de koopster de waar als de haar te leveren zaak had aangenomen;

dat hierin geene verandering werd gebracht, doordien de koopster maatregelen nam om het eventueel gepleegd bedrog te ontdekken en te trachten zich voor verdere schade te vrijwaren, voor het geval zij door onderzoek kon aantoonen, dat er werkelijk bedrog had plaats gehad, welke maatregelen de handelingen van den verkooper en van de koopster niet tegenhielden, maar slechts wijziging in de verdere gevolgen dier handelingen konden brengen;

dat derhalve het eerste middel is ongegrond;

Overwegende ten aanzien van het tweede middel:

dat als listige kunstgrepen door het Hof in het bestreden arrest zijn aangenomen: het per brief aanbieden van zuivere gewaarborgde natuurboter en het verpakken van de waar in gewone tonnetjes, zonder aanduiding, dat deze margarine of iets anders dan natuurboter inhielden;

dat het Hof hierin te recht heeft aanwezig gezien zoodanige listige kunstgrepen als de wet tot de strafbaarheid van het gepleegde bedrog vereischt;

dat met name de omstandigheid dat — gelijk namens den requirant bij de toelichting van het middel werd aangevoerd — het ontbreken van de aanduiding „margarine" op de geleverde vaatjes eene overtreding der thans geldende boterwet zoude opleveren, niet belet dat het verpakken van de waar in gewone tonnetjes — dat is in tonnetjes die voor natuurboter plegen

gebruikt te worden — zonder vermelde aanduiding, in verband met de hierboven omschreven schriftelijke aanbieding aan de vereischten van een listige kunstgreep in den zin der wet voldoet;

Overwegende, dat mitsdien ook het tweede middel is ongegrond;

Gezien artikel 347 Wetb. v. Strafvord.;

Verklaart den requirant niet ontvankelijk in zijn beroep, voor zoover dat is gericht tegen de in het arrest vervatte vrijspraak;

Verwerpt overigens het beroep:

§ 25.

MOTIVEERING. — OPROEPING VAN BELANGHEBBENDEN. — ART. 1122 B. W. (HET BEVEL VAN).

De in deze zaak gegeven beschikking is geen vonnis, en al ware het anders, dan zoude zij toch aan de op straffe van nietigheid gegeven voorschriften omtrent de motiveering voldoen.

Art. 1122 *B. W. schrijft niet voor, dat bij de oproeping van belanghebbenden, die overeenkomstig dat artikel moet geschieden, eene beteekening moet plaats hebben als de requiranten in deze noodzakelijk achten.*

Art. 697 *W. v. B. R. houdt niets in omtrent de vraag of waar een geschil als requiranten beweren hier te bestaan, in den loop der werkzaamheden van de scheiding is gerezen, een bevel als in art.* 1122 *bedoeld eerst mag gegeven worden nadat over dit geschil, bij dagvaarding aangebracht, zal zijn beslist, en het Hof dus ook niet in strijd met dat artikel kan hebben gehandeld, door de beschikking van de Rechtbank,*

waarbij de verkoop bevolen werd, te bevestigen.

Het bevel van art. 1122 B. W. is niet beperkt tot eenig tijdstip en onafhankelijk van de boedelscheidingen kan gegeven worden, ofschoon de deelgerechtigden nog niet tot scheiding zijn overgegaan.

Request:

Aan den H. R. der Ned.

Geven eerbiedigljk te kennen:

1° J. J. Jz. werkman, wonende te Middelburg uit eigen hoofde en als toeziend voogd over de minderjarigen J. en J. de W.,

2° P. C., arbeider, wonende te Koudekerke, als gehuwd met, en de rechten uitoefenende van J. de W.,

3° J. C. Cz, landbouwer, wonende te Oost en West Souburg, als gehuwd met en de rechten uitoefenende van P. J.,

4. A. B. particulier, wonende te Oost en West Souburg,

5. P. B. machinist, wonende te Oost en West Souburg,

6. A. B. machinist, wonende te Oost en West Souburg,

7. W. J. S. machinist, wonende te Oost en West Souburg, als gehuwd met, en de rechten uitoefenende van N. B.,

8. W. C. B., weduwe N. K., zonder beroep, wonende te Oost en West Souburg, allen woonplaats kiezende aan de Hugo de Grootstraat 79 te 's-Gravenhage ten kantore van den ondergeteekende, advocaat bij Uwen Raad, die hen vertegenwoordigt;

dat zij destijds te zamen met J. L., timmerman, wonende te Middelburg, als gehuwd met, en de rechten uitoefenende van C. J. die zich thans heeft onttrokken — als mede gerechtigden tot de nalatenschap van C. J., weduwe P. de M., den 8 Mei 1899 te Koudekerke overleden, bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage

beroep hebben ingesteld tegen eene beschikking den Arrondissements-Rechtbank te Midddelburg dd. 15 October 1900, hierbij overlegd;

dat bij die beschikking, overeenkomstig een verzoek van P. M. c. s., verkoop werd bevolen, krachtens art. 1422 B. W. van verschillende onroerende goederen tot die nalatenschap behoorende;

dat de Rechtbank, dus beschikkende, ongegrond oordeelde de bezwaren, tegen den verkoop in een mede overlegd antidotaal ontwikkeld;

dat wel het voornaamste dier bezwaren hierop neerkwam, dat het belang der verzochte veiling niet wel kon, noch mocht beooordeeld, vóórdat ware uitgemaakt, op de wijze bij art. 697 B. R. aangegeven, of een — zeer belangrijke — vordering op een der mede erfgename, al dan niet tot den boedel behoorde;

dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage de beschikking a quo heeft bevestigd bij arrest dd. 30 November 1900;

dat vertooners daartegen beroep in cassatie instellen en daartoe aanvoeren de volgende middelen:

1° Schending en verkeerde toepassing van art. 20. R. O. j° art. 59 B. R. omdat het Hof zijne beslissing ten aanzien van den eersten grief van appelanten niet behoorlijk heeft gemotiveerd en omdat die beslissing zelve in strijd is met genoemde artikelen.

Formeel toch voldoet de uitspraak: „dat deze grief den Hove ongegrond voorkomt. omdat de Rechtbank wel zeer stellig de reden aangeeft, waarom zij de klacht, dat er niet behoorlijk is opgeroepen voor ongegrond houdt", niet aan de voorschriften der artt. 20 R. O. 59, 3° B. R., omdat zij niet is gemotiveerd immers eenvoudig de vraag tot eene stelling maakt; en materieel niet, omdat de beslissing der Rechtbank aan hetzelfde euvel lijdt, immers de bewering, dat de

oproeping onvoldoende zou zijn, afwijst in eene overweging, die re vera niets is, dan eene herhaling der oproeping zelve;

2o Schending en verkeerde toepassing van art. 1122 B. W., omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de oproeping van verzoekers, om te verschijnen ter raadkamer der Rechtbank te Middelburg behoorlijk was, ofschoon bij het exploot van oproep het introductief request met daarop gesteld appointement, althans het laatste, niet was beteekend.

Requestranten gelooven deze beslissing in strijd met de, ook uit andere artt. (bv. 5, 3o, 80, 86, 237, 345, 805, 817, 830 Rv.) blijkende, bedoeling des wetgevers, dat, gelijk in het request appel naar hetwelk hier in 't algemeen zij verwezen gezegd slechts dán van iemand, tegen wien een rechterlijke decisie is verkregen, kan geeischt, dat hij verschijne en zich verwere, en bij zijne nalatigheid altera parte non audita kan beslist of gehandeld, indien hij op wettelijke wijze zij in kennis gesteld met hetgeen te zijnen opzichte is aangevoerd of beslist, wordt dat blootelijk in een exploot van oproep geciteerd, en niet tevens beteekend, dan kan die oproeping s. r. niet als behoorlijk gelden. Het belang van verzoekers bij eene verbeterde citatie kan niet betwist, daar dan ook voor hen de gelegenheid zal bestaan, den rechter mondeling nader in te lichten;

3. Schending en verkeerde toepassing van art. 697 B. R., omdat het Hof, ten deze zich vereenigende met de motieven des eersten rechters, het verzoek tot verkoop ontvankelijk en niet ontijdig heeft geoordeeld, ofschoon — blijkens het bij voormelde beschikking aangehaald antidotaal, omtrent het al of niet bestaan eener vordering wegens saldorekening bij dires een geschil was gerezen en geverbaliseerd.

Dat geschil toch had, als praejudicieel voor de vraag betreffende noodzakelijkheid van den verkoop, door P. M., — blijkens het introductief request, meest gereede partij — vooraf bij dagvaarding moeten worden aangebracht en het streed met de bedoeling van voorzegd artikel, dat men, door te beginnen, met het vragen van verkoop, verzoekers noopte tot eene summiere behandeling van het twistpunt bij requeste;

4. Schending en verkeerde toepassing van art. 1122 j. art. 1125 B. W., omdat het Hof, ten deze zich vereenigende met de motieven des eersten rechters, als algemeenen regel heeft aangenomen, dat de verkoop ex art. 1122 B. W. kan bevolen worden onbeperkt, dus ook, wanneer nog niet vaststaat, hoeveel door mede-erfgenamen aan den boedel is verschuldigd.

Waar toch mogelijk is, dat, behalve de reeds geïnventariseerde waarden eene vordering op een der mededeelgerechtigden tot den boedel behoort, als in casu in prima en in appel dezerzijds gesteld, daar kan over eene verdeeling a fortiori over wat in het belang eener behoorlijke verdeeling is, nog niet geoordeeld. Het onderzoek naar het bestaan van verplichtingen der erfgenamen aan den boedel moet, ook logisch, voorafgaan aan dat naar de noodzakelijkheid des verkoops van eenig deel daarvan.

Dat laatste moet anders a priori als niet volledig en overijld veroordeeld. In de aanneming van aangevoerde motieven voor een bevel tot verkoop moge de rechter door art. 1122 aan geene beperking zijn onderworpen, — in het belang van een behoorlijk beoordeelen dier motieven is hij, ten aanzien van den tijd, waarop dat bevel kan gegeven, gebonden aan art. 1125 B. W. eerste lid.

Op deze gronden verzoeken requestranten Uw

College eerbiedigltjk de beschikking van het Gerechtshof te 's-Gravenhage dd. 30 November 1900, waarvan beroep, te vernietigen, en zoodanige andere te geven, als zal worden geraden geacht.

's-Gravenhage 5 Jan. 1901.

'l Welk doende, enz.
(Geteekend). J. L.
adv.

Conclusie van Proc.-Gen. POLIS:

De Proc.-Gen.,

Gezien bovenstaand request en het daartegen ingediende antidotaal, alsmede de overgelegde stukken;

Met betrekking tot het 1e middel:

Overwegende, dat de in deze bestreden beschikking niet is een vonnis en, al ware dat het geval, toch de artt. 20 R. O. en 16 B. R. niet zouden zijn geschonden, omdat de beslissing op der requiranten eerste grief in appel wel degelijk is gemotiveerd en de vraag of die motiveering voldoende is, niet raakt het voorschrift in die artikelen vervat.

Met betrekking tot het 2e middel:

Overwegende, dat art. 1122 B. W. niet voorschrijft, dat bij de oproeping der belanghebbenden, die overeenkomstig dat artikel moet geschieden, eene beteekening moet plaats hebben als de requiranten in deze noodzakelijk achten en dus, door het nalaten daarvan, art. 1122 niet kan zijn geschonden.

Met betrekking tot het 3e middel:

Overwegende, dat art. 697 Rv. niets inhoudt omtrent de vraag, of, waar een geschil, als requiranten beweren hier te bestaan, in den loop der werkzaamheden van de scheiding is gerezen, een bevel als in art. 1122 bedoeld eerst mag gegeven worden, nadat over

dit geschil bij dagvaarding aangebracht, zal zijn beslist, en het Hof dus ook niet in strijd met dat art. kan hebben gehandeld door de beschikking van de Rechtbank, waarbij de verkoop bevolen werd, te bevestigen, terwijl dit middel ook niet tot cassatie kan leiden, omdat daarbij een nieuwe, bij het Hof niet behandelde grief wordt geopperd.

Met betrekking tot het 4e middel:

Overwegende, dat art. 1122 B. W. aan den rechter overlaat te beslissen, of de verkoop moet bevolen worden hetzij in het belang des boedels, tot betaling van schulden of anderszins, hetzij om eene behoorlijke verdeeling te kunnen daarstellen, dat te recht en zeker niet in strijd met art. 1122 bij de door het Hof geconfirmeerde beschikking door de Rechtbank is uitgemaakt, dat het bevel van art. 1122 niet beperkt is tot eenig tijdstip, onafhankelijk is van de boedelscheiding en kan gegeven worden ofschoon de deelgerechtigden nog niet tot scheiding zijn overgegaan;

dat in deze door de Rechtbank is beslist, dat de verkoop in het belang van den boedel is, dat daartegen, omdat dit is van feitelijken aard, in cassatie niet kan worden opgekomen, en dat ook uit het eerste lid van art. 1125 B. W. niet volgt dat de Rechtbank het bevel tot verkoop nog niet had mogen geven, omdat door dat bevel niet verhinderd wordt dat overeenkomstig het voorschrift van die wetsbepaling zal kunnen worden gehandeld.

Overwegende, dat dus al de voorgestelde middelen onaannemelijk zijn.

Concludeert tot verwerping van het beroep.

Parket 16 Jan. 1901.

Beschikking H. R. van 31 Jan. 1901:

De H. R. der Ned.,

Gezien vorenstaand request, de daarin aangehaalde stukken en het ingediende tegenverzoekschrift, benevens de onder het request staande conclusie van den Procureur,-Generaal, strekkende tot verwerping van het beroep;

Zich met deze conclusie en de gronden, waarop zij berust, vereenigende en deze gronden overnemende:

Verwerpt het beroep in cassatie;

Bepaalt Vrijdag 15 Maart 1901, des voormiddags ten tien ure, als dag en uur, waarop de in deze bevolen verkoop zal plaats hebben.

§ 26.

VRIJWARING (OPROEPING IN). — VRIJWARING (HET VERZOEK OM VRIJWARING VORMT EEN ZELFSTANDIG INCIDENT). — BESLISSING VAN HET INCIDENT.

Art. 68 *B. R. schrijft geen regels voor omtrent het toestaan of weigeren van een verzoek om vrijwaring en kan dus niet zijn geschonden of verkeerd toegepast door 's Hofs beslissing, dat eischers incidenteel verzoek om vrijwaring in eersten aanleg gedaan en toegewezen, bij gebrek aan geleverd of aangeboden bewijs, moest worden afgewezen.*

Vermits dit verzoek een zelfstandig incident vormt, moet, bij afwijzing daarvan, het geding in overeenstemming met het laatste lid van art. 68 *B. R. worden teruggebracht in den staat, waarin het verkeerde, toen het verzoek werd gedaan.*

Hier kon dus het Hof bij de beslissing van het inci-

dent de hoofdzaak niet aan zich trekken om haar bij eindarrest af te doen.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Van de twee ten deze aangevoerde middelen van cassatie luidt het 1e.: „Schending en verkeerde toepassing van art. 68 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, omdat het Hof voor de toewijzing van een verzoek tot het roepen van een derde in vrijwaring, gedaan door een eischer, die ageerde uit eene overeenkomst, welke hij beweerde dat door dien derde, als gemachtigde van den gedaagde, met hem was gesloten, hetgeen door gedaagde was ontkend, heeft gevorderd het afdoend bewijs dier overeenkomst, ofschoon toch de wet voor de toewijzing van zulk een verzoek dat streng bewijs niet vordert, doch het genoeg is dat van het belang bij de oproeping blijke, en de verzoeker ook juist uit hoofde van de ontkentenis der gesloten overeenkomst belang kon hebben bij de oproeping van hem, met wien hij beweert ze te hebben aangegaan".

De bewering van het middel is dus deze, dat het Hof hier te ver is gegaan m. a. w. niet had mogen vorderen het afdoend bewijs der overeenkomst, maar zich alleen had mogen afvragen of er van eenig belang bij de oproeping gebleken was. Ik meen echter te mogen opmerken dat deze beperking, aan het onderzoek des rechters gesteld, niet wordt gevonden in het ten deze als geschonden aangehaald art. 68 W. v. B. R. Alleen staat er dat er moeten zijn *„gronden"* voor het oproepen in vrijwaring, maar niet *welke* die gronden moeten zijn, zoodat de rechter in de beoordeeling daarvan geheel vrij is. Wel las men in het ongewijzigde art. 68: „Dit incident zal *summierlijk* beslist worden". Maar ook daarin lag geen beperking

van des rechters bevoegdheid tot onderzoek. Die woorden kwamen ook voor in art. 180 van den C. d. Pr. C.: „l'incident sera jugé sommairement". En nu leert CARRÉ ad art. 180 qu. 771, wat die woorden beteekenen „c'est - á - dire" zegt hij, „sur simple plaidoirie et sans rapport". En onze Regeering verklaart deze woorden aldus: „Men verstaat daardoor in dit geheele wetboek, dat de zaak op eene korte wijze wordt behandeld, overeenkomstig art. 68 der wet van 29 Maart 1828 (Stbl. No. 14) [zie artt. 45 en 47 W. v. B. R.] zonder immer eene *instruction par écrit* te kunnen toelaten". Zie VAN DEN HONERT, Handboek § 433, bl. 457. Ook bij 's Hoogen Raads rechtspraak kan de eischer geen steun vinden, daar bij arrest van 26 Juni 1896 (NRspr. 173 § 34) is beslist, dat de artt. 68 en 69 W.v.B. R. „in deze niet kunnen zijn geschonden of verkeerd toegepast, omdat die artikelen geene regelen voorschrijven voor het toestaan of weigeren van een verzoek tot oproeping in vrijwaring, maar dit *aan de vrije beoordeeling van den rechter overlaten*".

Het 2e middel luidt: „Schending en verkeerde toepassing van de artt. 355, 356, 68, 142, 144, 247—249 en 353 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, omdat het Hof, de toewijzing door de Rechtbank van eischers incidenteel verzoek tot het roepen in garant vernietigende en dat verzoek afwijzende, de hoofdzaak niet tot zich had mogen trekken, wijl dit noch door de beide partijen was gevraagd, noch de zaak in staat van wijzen was, ja, al had het Hof de hoofdzaak tot zich mogen trekken, het toch nog geen eindvonnis had mogen wijzen".

De grief van dit middel is alzoo dat het Hof de beslissing over de hoofdzaak niet aan zich had mogen rekken. Ik vraag waarom niet? Art. 356 juncto 355

W. v. B. R. zegt, dat bij tenietdoening van een vonnis op een tusschengeschil gewezen, de rechter in hooger beroep de zaak tot zich kan trekken en in het hoogste ressort ten principale vonnissen, indien het geding in dien staat is, dat de daarover bij één en hetzelfde eindvonnis kan worden beslist. En nu wordt in het bestreden arrest uitdrukkelijk overwogen (zie laatste overweging), dat het geding in dien staat is, dat tegelijk over de hoofdzaak kan worden beslist," eene uitspraak, die, naar de leer van den Hoogen Raad, vermeld bij arrest van 29 April 1892 (NRspr. 160 § 70), door den cassatierechter als eene *feitelijke* moet worden geëerbiedigd. Bij pleidooi is de juistheid dier leer ontkend. Misschien heeft men daarbij het oog gehad op 's Raads arrest van 10 Dec. 1858 (Ibid. 60 § 37, bl. 186). Ik merk daarbij echter op dat dit arrest is gewezen in strijd met de conclusie van het O. M., en dat de leer van het arrest van 1892 steun vindt in een vroeger arrest van 9 April 1847 (Ibid. 27 §27, bl. 104). Verder mag er op worden gewezen dat, blijkens het arrest van 1858, in het daar behandelde geval partijen niet behoorlijk van conclusien hadden gewisseld, hetgeen ten deze wèl het geval is geweest, zoodat de zaak hier *werkelijk was* in staat van wijzen. Bij de conclusie van eisch toch zoowel als bij die van antwoord is de zaak ten principale behoorlijk toegelicht, en zelfs heeft de eischer gerepliceerd. En nu moge het waar zijn, dat zijne repliek grootendeels het verzoek tot het oproepen in vrijwaring, dus het incident, betrof, maar dit neemt niet weg dat de voorschriften der wet behoorlijk waren nageleefd. Want het bij pleidooi gevoerde beweren, dat er vier schrifturen *moeten* zijn wil de zaak geacht kunnen worden genoegzaam te zijn toegelicht, kan m. i. niet wel ernstig zijn ge-

meend. Want wanneer de eischer afziet van repliek, dan vervalt natuurlijk ook de dupliek en dan zijn er slechts *twee* conclusien. En toch zal alsdan wel niemand beweren, dat daardoor de zaak, niet in staat van wijzen kan zijn. Bovendien zegt art. 142 W. v. B. R. dat men blijkbaar op het oog heeft, volstrekt niet, dat het nemen van vier conclusien eene *noodzakelijkheid* is. Volgens dat artikel toch wordt aan den procureur des eischers slechts „*op zijn verlangen*" gelegenheid gegeven tot het nemen eener conclusie van repliek, welke de procureur van den verweerder *des verkiezende* kan beantwoorden met eene conclusie van dupliek.

Waarom het Hof, gelijk aan het slot van het middel wordt gesteld, geen *eindvonnis* had mogen wijzen, is mij niet recht duidelijk. Art. 356 zegt uitdrukkelijk, dat in het dáár bedoeld, zoo even besproken geval „de rechter in hooger beroep de zaak tot zich trekken (kan) en in het hoogste ressort *ten principale vonnissen*". En nu moge de eischer, gelijk dit bij monde van den geëerden pleiter van eisch is geschied, klagen dat het Hof hem zijn bewijsmiddelen zooals interrogatoir en eed, uit de handen heeft geslagen, die klacht is ongegrond, omdat de rechter nooit gebonden is aan de hem door partijen overgelegde bewijsmiddelen, maar zelfstandig heeft te beoordeelen of de vordering al dan niet bewezen is. En zoo heeft dan ook de Hooge Raad bij zijn arrest van 10 Jan. 1890 (NRspr. 154 § 5) uitgemaakt, dat het Hof door de zaak zelf te beslissen, nadat partijen behoorlijk van conclusiën hadden gewisseld, de artt. 354 vlgg. W. v. B. R. niet had geschonden of verkeerd toegepast

De beide cassatiemiddelen komen mij derhalve ongegrond voor, waarom ik de eer heb te concludeeren

tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer qq in de kosten.

Arrest H. R. van 1 Febr. 1901:

De H. R., der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc. Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien, de stukken;

Overwegende, dat tegen het tusschen partijen gewezen arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage van 21 Mei 1900 zijn voorgesteld de navolgende middelen van cassatie:

1e Schending en verkeerde toepassing van art. 68 W. v. B. R., omdat het Hof voor de toewijzing van een verzoek tot het roepen van een derde in vrijwaring, gedaan door een eischer die ageerde uit eene overeenkomst, welke hij beweerde dat door dien derde als gemachtigde van de gedaagde met hem was gesloten, hetgeen door gedaagde was ontkend — heeft gevorderd het afdoend bewijs dier overeenkomst, ofschoon toch de wet voor de toewijzing van zulk een verzoek. dat streng bewijs niet vordert, doch het genoeg is, dat van het belang bij de oproeping blijke, en de verzoeker ook juist uit hoofde van de ontkentenis der gesloten overeenkomst belang kan hebben bij de oproeping van hem, met wien hij beweert ze te hebben aangegaan;

2o. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 355, 356, 68, 142, 144, 247 tot en 249 en 353 W. v. B. R., omdat het Hof de toewijzing door de Rechtbank van eischers incidenteel verzoek tot het roepen in garant, vernietigende en dat verzoek af-

wijzende de hoofdzaak niet tot zich had mogen trekken, wijl dit noch door de beide partijen was gevraagd, noch de zaak in staat van wijzen was, ja, al had het Hof de hoofdzaak tot zich mogen trekken, het toch nog geen eindvonnis had mogen wijzen;

Overwegende daaromtrent:

dat de vordering, door den tegenwoordigen eischer als toeziende voogd over de kinderen der verweerderesse tegen deze ingesteld, strekt tot uitlevering aan ieder dier kinderen van honderd aandeelen van f 1000.— in de koffie-cultuur-maatschappij Soember Kerto, op grond dat, toen deze maatschappij werd opgericht en aan verweerderesse voor inbreng van hare participatie driehonderd aandeelen van f 1000.— werden toegekend, de heer R. R., die bij die transactie als gemachtigde van verweerderesse optrad, heeft verklaard, als daartoe door haar gemachtigd, dat twee derde der aandeelen op de kinderen zoude worden gesteld en daartoe zijne lastgeefster heeft verbonden;

dat de verweerderesse de vordering heeft bestreden o.a. op grond, dat de heer R., enkel mededeeling heeft gedaan, dat bij haar de bedoeling bestond om de aandeelen te doen stellen ten name der kinderen, maar daaruit nimmer eene verbintenis is geboren;

dat de eischer bij repliek heeft doen zeggen, dat hij ten bewijze dat de heer R., de bij eisch gestelde verbintenis voor verweerderesse heeft aangegaan, in het geding brengt eenige brieven; en voorts incidenteel heeft gevorderd, dat de Rechtbank een termijn verleene om den heer R. in vrijwaring te mogen roepen, met schorsing van de hoofdzaak gedurende dien termijn en veroordeeling van de verweerderesse in de kosten van het incident ingeval van tegenspraak;

dat de verweerderesse heeft geconcludeerd tot af-

wijzing van den incidenteelen eisch, omdat zij kan bewijzen, dat de beweerde overeenkomst niet is tot stand gekomen; waarop de eischer bij nadere conclusie zijne stellingen nogmaals heeft uiteengezet;

dat de Rechtbank, recht doende op het incident het verzoek om den heer R. in vrijwaring op te roepen heeft toegewezen, met bepaling van een dag, waarop zoowel de oorspronkelijke zaak als die in vrijwaring weder ter rolle zouden worden opgeroepen;

dat het Hof in hooger beroep heeft aangenomen, dat van de beweerde verbintenis geen bewijs is geleverd noch aangeboden, dat hieruit volgt, dat eischers incidenteel ingestelde vordering om den heer R. in vrijwaring te mogen roepen, niet voor toewijzing vatbaar is; dat het geding in dien staat is, dat tegelijk over de hoofdzaak kan worden beslist, op welke gronden het Hof met vernietiging van het vonnis, waarvan appel, den incidenteelen eisch heeft ontzegd, en voorts, de zaak tot zich trekkende en ten principale beslissende, mede heeft ontzegd de bij introductieve dagvaarding ingestelde vordering;

dat tegen deze beslissingen de beide middelen van cassatie gericht zijn;

O. alsnu met betrekking tot het eerste middel:

dat, al moge het Hof bij het beoordeelen der gronden, die voor het gedaan verzoek zijn aangevoerd, in meerdere bijzonderheden getreden zijn dan voor de beslissing streng noodzakelijk was, art. 68 W. v. B. R. daardoor niet kan zijn geschonden of verkeerd toegepast, omdat dat artikel geen regels voorschrijft voor het toestaan of weigeren van een verzoek tot oproeping in vrijwaring en verder geen artikel is aangehaald, waarmede de gegeven beslissing in strijd zoude zijn;

dat het eerste middel dus is ongegrond;

O. met betrekking tot het tweede middel:

dat de rechter in hooger beroep bij tenietdoening van een vonnis, op een tusschengeschil gewezen, de zaak tot zich kan trekken, indien het geding in dien staat is, dat daarover bij één en hetzelfde eindvonnis kan worden beslist;

dat de vraag, of een geding in dien staat is, feitelijk is, voor zoover hare beantwoording afhangt van eene beslissing omtrent de feitelijke beweringen en de houding van partijen, maar dit niet het geval is, indien de wet aan eene partij het recht verleent om eene conclusie te nemen, waartoe zij nog geene gelegenheid heeft gehad;

dat dit laatste in deze zaak ten aanzien van den tegenwoordigen eischer moet worden aangenomen;

dat toch het door hem gedaan verzoek berust op het 3e lid van art. 68 W. v. B. R., terwijl het 6e lid voorschrijft, dat, indien het verzoek afgewezen wordt, de rechter eenen dag moet bepalen, waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen;

dat het verzoek dus vormt een zelfstandig incident, en na afwijzing daarvan, het geding wordt hervat in den stand, waarin het verkeerde toen het verzoek gedaan werd;

dat de eischer derhalve overeenkomstig art. 142 W. v. B. R. alsnog de gelegenheid behoort te hebben tot het nemen van eene conclusie van repliek, waarvoor hem aanvankelijk een dag verleend was, en waarvan hij niet kan geacht worden te hebben afstand gedaan door ten dage voor die conslusie bepaald, inplaats van te repliceeren, een verzoek tot oproeping in vrijwaring te doen;

dat het tweede middel dus gegrond is;

Vernietigt het arrest, door het Gerechtshof te

Gravenhage den 21 Mei 1900 tusschen partijen gewezen, voor zoover het Hof de zaak tot zich trekkende en ten principale beslissende, den eischer zijne bij introductieve dagvaarding ingestelde vordering heeft ontzegd, en hem in al de proceskosten in beide instantiën veroordeeld heeft;

Verwijst de zaak naar de Arr. Rechtbank te 's Gravenhage, ten einde den dag te bepalen, waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen;

Veroordeelt de verweerderesse in de kosten in cassatie gevallen;

Begroot enz,;

Veroordeelt den eischer in zijne hoedanigheid in de kosten op het incident gevallen, zoo in eersten aanleg als in hooger beroep, begroot enz.;

Reserveert de verdere kosten in eersten aanleg en in hooger beroep tot op de einduitspraak.

§ 27.

EIGENDOM. — DE HUURDER — NIET DE VERHUURDER, EIGENAAR VAN DEN GROND — EIGENAAR DER VRUCHTEN.

De stelling, dat volgens art. 626, eerste lid, B. W. planten, die in den grond zijn gepoot, aan geen ander dan den eigenaar van den grond zouden kunnen toebehooren, is onjuist.

Deze bepaling toch bevat niet een beginsel, waarvan niet zoude mogen worden afgeweken, maar alleen een voor tegenbewijs vatbaar wettelijk vermoeden.

Uit verschillende artikelen van het B. W. mag daarenboven worden afgeleid, dat de wet den huurder en niet den verhuurder eigenaar van den grond als eigenaar der vruchten aanmerkt.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

De verweerder heeft met zijne koolplanten doen beplanten grond van den eischer, door hem van den eischer gehuurd; en nu was het de vraag bij de Rechtbank, vraag die de Rechtbank in bevestigenden zin heeft beantwoord, of de eischer, door een deel dier koolplanten aan derden te verkoopen, het eigendomsrecht van den verweerder heeft geschonden en dus gepleegd heeft eene onrechtmatige daad, die den verweerder recht geeft op schadevergoeding.

Volgens den eischer zou de Rechtbank, aldus oordeelende geschonden en verkeerd toegepast hebben de artt. 625 en 626 B. W., in verband met art. 14 Alg. Bepp. en nog zeven en twintig andere artikelen van het Burgerlijk Wetboek. Van het oogenblik dat de planten in den grond waren gepoot, waren zij, zegt de eischer, overeenkomstig het algemeen beginsel van art. 626 B. W. eigendom geworden van den eigenaar van den grond, die door die planten te verkoopen wel contractueele rechten van den verweerder kan geschonden hebben, maar geene inbreuk kan hebben gemaakt op het eigendomsrecht van den verweerder op die planten.

De rechtsvraag is zeker niet onbelangrijk, maar de Raad heeft reeds herhaaldelijk zijn oordeel daarover uitgesproken.

Bij arrest van 7 Febr. 1860 (v. D. HONERT Sr. en Sv. 1860 bladz. 31) beslist de Raad, dat de regel van artikel 626 B. W. geen *praesumtio juris et de jure* oplevert.

Bij het arrest van 16 Mei 1884 (Rechtspr. Dl. 137 § 7), waarmede te vergelijken is het arrest van 22 Dec. 1882 (Rechtspr. Dl. 132 § 39), werd alleszins juist geoordeeld de beschouwing, dat de regel van het

Burgerlijk Wetboek, dat hetgeen op en in den grond gevestigd en geplant is tot den grondeigendom behoort, geen onomstootelijk beginsel is, maar slechts een vermoeden oplevert ten voordeele van den grondeigenaar tot bewijs van het tegendeel, daar er geen de minste grond is om aan te nemen, dat het beginsel uitgedrukt in de artt. 626 en 656 B. W. tot de openbare orde zou behooren, zoodat daarvan niet bij overeenkomst zou moge worden afgeweken. En eindelijk werd bij arrest van 13 Febr. 1891 (Rechtspr. Dl. 157 § 18) uitgemaakt, dat art. 626 1e lid B. W. slechts bevat een wettelijk vermoeden, waartegen blijkens art. 1958 B. W. behalve in de daar uitgezonderde gevallen, tegenbewijs is toegelaten, en dat ten betooge van het tegendeel niet kan worden aangevoerd, dat een toestand, afwijkende van de bepaling van art. 626, rechtens onbestaanbaar zoude zijn. Vermits afwijkingen van die bepalingen door den wetgever zelven zijn gemaakt, o. a. in art. 681 2e lid en art. 687 B. W. betrekkelijk den gemeenen muur en in art. 762 B. W. ten aanzien van het recht van opstal, waaruit duidelijk blijkt, dat naar het oordeel des wetgevers zoodanige afwijkende toestand rechtens niet onbestaanbaar is.

Ik zal dus wel niet te veel zeggen indien ik beweer, dat de jurisprudentie van dezen Raad omtrent de beteekenis van het in art. 626 1e lid uitgesproken beginsel, waarvan de artt. 655 en 656 toepassingen bevatten, in den door den eischer bestreden zin is gewettigd; en ik acht mij ontslagen van de verplichting de juistheid dier jurisprudentie hier aan te toonen, omdat dit reeds op eene wijze, die ik niet zou kunnen verbeteren, is geschied bij de aan het arrest van 1891 voorafgegane conclusie van den Adv.-Gen. Gregory, waar ook met nadruk ge-

wezen is op de geschiedenis der wet en de schrijvers *pro en contra* zijn genoemd. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 626 en 655 B. W. is in deze niet gepleegd, en vermits in het geding door den eischer nooit is volgehouden, bij het middel niet wordt beweerd, en ook geene wetsbepaling is genoemd waaruit zou zijn af te leiden, dat, al mocht de door den eischer gewraakte uitlegging van dat art. juist zijn, dan toch de verweerder ten onrechte zou zijn aangemerkt als eigenaar van de planten die hij op des eischers grond heeft doen poten, meen ik te moeten concludeeren tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 1 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie tot enz.,

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het vonnis, door de Arr. Rechtbank te Groningen den 27 Juni 1900 (te lezen den 29 Juni 1900) tusschen partijen gewezen, als middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 625 en 626 B. W., in verband met de artt. 556, 563, 630, 631, 634, 639, 642, 643, 655, 656, 657 658, 659, 660, 695, 714, 758, 761, 762, 768, 772 773, 1209, 1211, 1952, 1953 en 1958 van dat Wetboek en art. 14 van de Wet, houdende Alg. Bepp., doordien de Rechtbank ten onrechte heeft beslist, dat door den eischer in cassatie, oorspronkelijk gedaagde, zou zijn gepleegd schending van het eigendomsrecht van den verweerder in cassatie, oorspronkelijk eischer, op de ten processe bedoelde koolplanten — en zulks hoewel feitelijk vaststaat, dat de

oorspronkelijke eischer met zijne koolplanten den door hem van den oorspronkelijken gedaagde gehuurden en aan dezen laatste in eigendom toebehoorenden grond heeft doen bepoten, welk ten processe vaststaand feit rechtens ten gevolge heeft, dat van het oogenblik, dat de planten in den grond zijn gepoot, deze, overeenkomstig het algemeen geldend beginsel van art. 626 voornoemd, eigendom geworden zijn van den eigenaar van den grond, zoodat de oorspronkelijke gedaagde door die planten eigenmachtig te verkoopen, wel is waar zich aan schending van *contractueele rechten* van den oorspronkelijken eischer kan hebben schuldig gemaakt, doch nimmer kan gezegd worden door die daad inbreuk te hebben gemaakt op het *eigendomsrecht* van den oorspronkelijken eischer op die planten;

O., 'dat blijkens het bestreden vonnis vaststaat:

dat de eischer in cassatie een deel van den oogst aan hem toebehoorend, maar door hem aan den verweerder in cassatie verhuurd bouwland, bestaande in eene hoeveelheid spruitkool, aan derden heeft verkocht;

dat de verweerder in cassatie, op grond dat die handeling in strijd was met zijn eigendomsrecht op de spruitkool, en mitsdien onrechtmatig, van den eischer heeft gevorderd vergoeding der daardoor geleden schade;

dat daartegen door den eischer is aangevoerd, dat hij als eigenaar van den verhuurden grond tevens eigenaar was van al wat zich daarop bevond en dus van de door hem verkochte spruitkool; en dat de Rechtbank daaromtrent heeft overwogen, „dat van de toepassing van den regel van art. 626 B. W. geen sprake kan zijn, vermits de gedaagde zijn land heeft verhuurd en dus zijn recht als eigenaar van den

grond moet wijken voor het door hem aan den huurder gegeven speciaal recht" en den eisch heeft toegewezen;

O., dat ten onrechte tegen deze beslissing wordt opgekomen en de stelling, dat volgens art. 626, 1e lid, B. W. planten die in den grond zijn gepoot, aan geen ander dan den eigenaar van den grond zouden kunnen toebehooren, is onjuist;

O., dat deze bepaling niet bevat een beginsel, waarvan niet zoude mogen worden afgeweken, maar enkel een wettelijk vermoeden uitspreekt, waartegen blijkens art. 1958 B. W., behalve in de daar uitgezonderde ten deze niet aanwezige gevallen, tegenbewijs is toegelaten;

dat toch aan voormeld art. 626, 1e lid, dezelfde zin moet worden toegekend als aan art. 552 1e lid, C. C., omdat het enkel eene vertaling daarvan is, hetgeen blijkt uit eene vergelijking van beide artikelen met art. 672, 1e lid B. W. van 1830, in den Hollandschen en den Franschen tekst, en wordt bevestigd door de woorden der Regeering bij de vaststelling van art. 626 „dat het met art. 552 C. C. overeenstemt";

dat voorts de wet in meer dan één geval, met name in de artt. 681, 2e lid, 687, 762 B. W., den eigendom van hetgeen op en in den grond is gebouwd of geplant, aanneemt bij een ander dan den eigenaar van den grond, en dezen toestand derhalve niet voor rechtens onbestaanbaar houdt, hetgeen voor art. 762 duidelijk uitkomt, bij vergelijking met art. 800 van het Wetboek van 1830, in den Franschen tekst luidende : „à l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds" enz.;

O., dat zelfs uit verschillende artikelen van het Burg.

Wetb. mag worden afgeleid, dat de wet den huurder en niet den verhuurder, eigenaar van den grond, als eigenaar der vruchten aanmerkt;

dat toch de artt. 1185, 2°, en 1186, 1e lid, den verhuurder voor de huurpenningen een voorrecht toekennen op de vruchten, welke door takken aan de boomen of door wortels aan den grond zijn vastgehecht, evenzeer als op de ingeoogste en nog niet ingeoogste vruchten die zich op den bodem bevinden, welk voorrecht niet denkbaar is, wanneer de verhuurder, eigenaar van den grond, eigendomsrecht op de vruchten kon doen gelden;

dat de huur van land grootendeels juist strekt, om aan den huurder, die krachtens art. 1586 den grond onder zich heeft, de vruchten toe te kennen, met het oog waarop hij de huur aangaat, zooals uit de artt. 1628 en 1629 volgt, die hij naar art. 1633 „inzamelt", zonder dat er van eenige tusschenkomst des verhuurders sprake is, en waarvan hij den grondeigenaar zijn aandeel moet „leveren" ingeval van het beding bedoeld in art. 1630, 1e lid;

O., dat mitsdien het voorgestelde middel van cassatie is ongegrond;

Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.

§ 28.

VALSCHHEID IN GESCHRIFT. — NADEEL.

Het nadeel, iemand door de voorspiegeling eener niet bestaande schuldvordering veroorzaakt, verliest dat karakter niet bij wel geslaagd later verhaal op een werkelijk schuldplichtige voor de berokkende schade

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Tegen des requirants veroordeeling wegens valschheid in geschriften en opzettelijk gebruik maken van valsche geschriften is als eerste cassatiemiddel voorgesteld: Verkeerde toepassing of schending van art. 225 W. v. Strafr. jo art 247 W. v. Strafv., door het vonnis der Arr. Rechtbank te Amsterdam d. d. 29 Juni 1900 te bevestigen, alhoewel:

a. de in dat vonnis aangenomen mogelijkheid van nadeel geheel verwijderd en speculatief is,

b. het oogmerk om (de geschriften) als echt en onvervalscht te gebruiken bij requirant niet bestond.

Feitelijk staat vast, dat de requirant als agent van een advertentieblad aan den uitgever valsche schriftelijke bestellingen van advertentien heeft ingeleverd met de namen van eenige handelaren en industrieelen onderteekend, waarvoor hem provisie is gegeven.

De mogelijkheid van nadeel is nu door de Rechtbank, wier vonnis in hooger beroep bevestigd is, hierin gevonden, dat de opgave leidde tot uitbetaling van premie of als bewijsstuk dient om daartoe te dwingen, dat de beweerde onderteekenaar aansprakelijk wordt gesteld voor betaling van advertentiekosten, en dat de directeur der courant gelooft aan opdracht der plaatsing, waarvoor hij echter geene betaling kan krijgen.

De mogelijkheid van nadeel wordt nu bij het middel verwijderd en speculatief genoemd. Ten eerste acht men het blijkens de toelichting de vraag of de uitgever der courant, die er toch belang bij heeft dat de advertentie-kolommen zijner courant bezet zijn, er wel een direct belang bij heeft dat de advertentiën betaald worden — alsof het doel van een advertentieblad voor den uitgever niet uitsluitend was uit de advertentiën geld te maken.

Voorts zou geene schade geleden kunnen worden, omdat de onbetaalde advertentiekosten verhaald worden op de provisie van den agent, die voor alle schade instond.

Feitelijk staat daaromtrent niets vast; alleen de beklaagde heeft er iets van beweerd, dat door den betrokkenen getuige is weersproken. Maar in elk geval neemt de verplichting tot vergoeding, zelfs de mogelijkheid van verhaal, de mogelijkheid van uit het gebruik onmiddellijk voortspruitend nadeel niet weg.

In de tweede plaats zou het oogmerk tot gebruik van de stukken als echt en onvervalscht niet bestaan hebben.

Ten betooge hiervan is ingeroepen de mogelijkheid, dat de dader in dwaling en te goeder trouw is geweest. Er is echter uitgemaakt dat dit niet het geval was: op deze feitelijke beslissing stuit het middel af.

Het tweede middel luidt: Schending of nalating van eenige tot het essentieele van het strafproces behoorende, en alzoo op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, als zijnde de artt. 142, 154, 3de, 161, jo artt. 211 en 221 Wetb. v. Strafvordering.

Blijkens de toelichting schijnt het hierop te berusten, dat ter terechtzitting van het Gerechtshof een andere getuige zou zijn gehoord dan die gedagvaard en wiens naam aan den beklaagde beteekend was. Bij vergelijking van de stukken bevindt men nu, dat de gehoorde getuige in het proces-verbaal der terechtzitting genoemd wordt Blankensteijn, terwijl in de van het Openbaar Ministerie uitgaande stukken gesproken wordt van Blankesteijn.

Daarin ligt echter niet het minste bewijs dat met beide namen niet dezelfde persoon is bedoeld, te minder nu beroep en woonplaats gelijk zijn opgegeven. En vermits de laatste spelling ook die is van het vonnis

en het proces-verbaal der terechtzitting in eersten aanleg, en vermeld wordt dat de getuige geheel als in eersten aanleg verklaard heeft, staat veeleer vast dat de gedagvaarde getuige is de in beide instantiën gehoorde.

Overigens is nergens op straffe van nietigheid de nakoming van de in het middel aangehaalde bepalingen voorgeschreven.

Het middel is alzoo ongegrond.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 4 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van J. J. H. W., volgens zijne opgave oud 38 jaren, van beroep reiziger, geboren en wonende te Amsterdam, req. van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van den 9 Oct. 1900, waarbij, met toepassing van de artt. 239, 246, 247 en 286 Wetb. v. Strafvord. en, behoudens eene wijziging ingevolge laatstgenoemd artikel in den last tot teruggaaf van overtuigingstukken, is bevestigd het vonnis, den 29 Juni bevorens door de Arr. Rechtb. te Amsterdam in deze zaak gewezen, bij hetwelk de req. is schuldig verklaard aan: 1° valschheid in geschrift, driemalen gepleegd, 2° opzettelijk gebruik maken van het valsche geschrift als ware het echt en onvervalscht, uit welk gebrnik eenig nadeel kon ontstaan, driemalen gepleegd, en hij req. te dier zake, met toepassing van de artt. 225 en 56 Wetb. v. Strafr., 214, 219 van dat van Strafvord., is veroordeeld tot gevangenisstraf voor den tijd van drie maanden, met last omtrent de teruggaaf der stukken van overtuiging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Eyssel;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

I. Verkeerde toepassing of schending van art. 225 Wetb. v. Strafr. in verband met art. 247 Wetb. v. Strafvord., door het vonnis der Arr. Rechtb. te Amsterdam van 29 Juni 1900 te bevestigen, alhoewel:

a de in dat vonnis aangenomen mogelijkheid van nadeel geheel verwijderd en speculatief is;

b het oogmerk om (de geschriften) als echt en onvervalscht te gebruiken bij requirant niet bestond;

II. Schending of nalating van eenige tot het essentieële van het strafproces behoorende, en alzoo op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, als zijnde de artt. 142, 154, 3e, 161 in verband met de artt. 211 en 221 Wetb. v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. Noyon, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende tot enz.;

O., dat bij het door het beklaagde arrest bevestigde vonnis, welks gronden door het Hof zijn overgenomen, bewezen is verklaard alles wat den req. is telast gelegd en hierop nederkomt, dat hij omstreeks Mei, Juni en Juli 1899 valschelijk heeft opgemaakt en van onderteekeningen voorzien eenige verzoeken of bestellingen van plaatsing, tegen betaling van advertentiën in de Provinciale Noordhollandsche Courant te Edam, met het oogmerk om die schrifturen als echt en onvervalscht te gebruiken, en vervolgens van die valsche stukken werkelijk gebruik (waaruit nadeel kon ontstaan) heeft gemaakt, door ze ten bureele der genoemde courant aan te bieden en daarop voor en namens haren directeur provisie te ontvangen;

O., dat door deze algeheele bewezenverklaring van eene telastlegging, die onder andere letterlijk inhoudt het valschelijk opmaken en onderteekenen van bedoel-

de geschriften „met het oogmerk om deze als echt „en onvervalscht te gebruiken, uit welk gebruik nadeel kan ontstaan”, alreeds dadelijk weerlegd wordt het tweede onderdeel van het eerste cassatiemiddel, terwijl tegen voormelde in cassatie onaantastbare beslissingen niet kan afdoen de, bij pleidooi ter ondersteuning van het beweren, voorgedragen stelling, dat deze valsche geschriften zouden zijn echt en onvervalscht *voor den requirant*, als *door hem* vervaardigd;

O., dat de Rechtbank de mede bij dagvaarding gestelde mogelijkheid van nadeel uit requirants gebruik van die valsche geschriften als echt en onvervalscht heeft aangenomen op grond, dat het leidt tot uitbetaling van de provisie en, bij weigering van den directeur om daaraan te voldoen, tot bewijs dier verplichting, terwijl de mogelijkheid van nadeel aan den kant van den onderteekenaar ligt in de aanwending, bij zijne weigering om te betalen, der geschriften door den directeur als bewijs van gehoudenheid daartoe, wanneer de advertentie ten gevolge der opdracht gepubliceerd is, en bovendien, indien de directeur doet publiceeren, de aanwending van kosten aan loonen en materialen daarvoor een mogelijk nadeel is voor dien directeur;

O., dat geenszins, gelijk bij de toelichting van het eerste onderdeel van het eerste middel beweerd is deze mogelijkheden zijn geheel verwijderd en speculatief; dat zij allerminst teniet gedaan worden door de stelling, dat voor den directeur van een advertentieblad belang zou bestaan bij de vulling daarvan, onverschillig of voor de advertentiën betaald wordt, daar immers de onderneming van zoodanig blad zich richt op het bekomen van geld voor de te plaatsen aankondigingen;

O., dat bij pleidooi de mogelijkheid van nadeel nog

is ontkend, omdat de requirant als colporteur instond voor aangebrachte oninbare posten; dat echter omtrent zoodanige gehoudenheid feitelijk niets is beslist, en zulks te recht, vermits het nadeel, iemand door de voorspiegeling van eene niet bestaande schuldvordering veroorzaakt, dit karakter niet verliest, zelfs bij welgeslaagd later verhaal op eenen werkelijken schuldplichtige, voor de berokkende schade;

O., dat de bij het tweede middel beweerde schending van de artt. 142 en 154 W. v. Strafvord. als essentieele vormen bij de toelichting van dit middel hoofdzakelijk berust op de stelling dat, terwijl het bewijs der telastlegging goeddeels is ontleend aan getuigenbewijs, *gedagvaarde* getuigen niet en daarentegen *niet gedagvaarde* getuigen wel zouden zijn gehoord;

dat die stelling steunt op de omstandigheid, dat de in appel opnieuw gehoorde te Edam wonende directeur der Prov. Noordhollandsche Courant, in 's Hofs zittingblad wordt genoemd A. Blankensteijn, terwijl in de dagvaarding van den directeur voor het Hof en in zijne aanduiding (ingevolge het ook in hooger beroep toepasselijke art. 142 W. v. Strafvord.) bij requirants dagvaarding in appel de getuige is aangeduid als Blankesteijn;

O., dat in al de voorzegde stukken het beroep en de woonplaats van den getuige, eensluidend worden vermeld als hierboven; dat de vermelding in 's Hofs zittingblad van hetgeen de getuige verklaard heeft alleen inhoudt dat hij, na opgaaf van voormeld beroep „verklaard „heeft geheel overeenkomstig zijne verklaring in eersten „aanleg afgelegd"; dat blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting der Rechtbank door haar geen andere getuige te Edam wonende en de directie van vaak genoemd „blad voerende, is gehoord dan A. Blankesteijn";

dat onder deze omstandigheden onmogelijk *twee*

personen onder de spelling Blankensteijn en Blankesteijn kunnen zijn aangeduid, maar dit verschil kennelijk is eene bloote schrijffout in den naam van éénen eu denzelfden door den rechter gehoorden getuige;

dat dus de feitelijke grondslag voor het tweede cassatiemiddel ontbreekt;

Verwerpt het beroep.

§ 29.

MEINEED. — PROCES-VERBAAL VAN VALSCHHEID BETICHT. — VALSCHELIJK OPGEMAAKT PROCES-VERBAAL (TOELICHTING DAARVAN).

Er bestaat geen wezenlijk verschil tusschen des requirants van valschheid beticht proces-verbaal en hetgeen door hem tot toelichting daarvan ter terechtzitting is verklaard.

Overigens is geen enkele grond bijgebracht [en bestaat er ook geen, waarom in deze zaak eene opgave van den relatant tot toelichting van een valschelijk door hem opgemaakt proces-verbaal niet tot wederlegging eener door hem gevoerde verdediging door den rechter zou mogen gebezigd worden.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. Rethaan Macaré:

Bij pleidooi is als éénig middel van cassatie voorgesteld:

„Sch. en verk. toep. van art. 211 j°. 221 Wetb. „van Strafvord., als zijnde het aangevallen arrest niet „voldoende met redenen bekleed, doordat het Hof in „de aanwijzing sub *p* overweegt, „dat indien wer- „„kelijk aan den beklaagde door vrouw A. 6 à 7 „„slagen waren toegebracht, getuige J. zulks had

„„moeten zien, omdat zij uitgezonderd een ondeelbaar „„oogenblik, haar oogen op beklaagde en vrouw A. „„heeft gericht gehouden" en daarbij kennelijk uit „het oog verliest, dat beklaagde in zijn van valschheid beticht proces-verbaal relateert: „dat hij op „armen en schouders is geslagen", doch daarin niet „spreekt van 6 à 7 slagen, terwijl dit proces-verbaal, „dat heet valsch te zijn en waarvan de valschheid moet „worden bewezen, letterlijk moet worden opgevat en „het er in deze niet toe doet, wat de beklaagde op „de terechtzitting tot toelichting heeft verklaard."

Ik acht dit middel niet aannemelijk.

De grief, die daarbij tegen het arrest wordt ingebracht, als zoude het Hof uit het oog hebben verloren, dat het geincrimineerde proces-verbaal en dit alléén ten grondslag mag gelegd worden aan een veroordeeling, mist een behoorlijk gestaafd uitgangspunt.

De bij het arrest gevolgde gedachtengang is zeer duidelijk.

Het Hof gaat achtereenvolgens na:

1° of de beklaagde, gelijk hem is ten laste gelegd, heeft de hoedanigheid van rijksveldwachter?

2° of hij als zoodanig is beëedigd?

3° of hij het geincrimineerde proces-verbaal, zooals het in de dagvaarding is opgenomen, heeft opgericht?

4° of hij dit proces-verbaal valschelijk, in strijd met de waarheid en te kwader trouw heeft opgemaakt?

5° of van dit valschelijk opgemaakte proces-verbaal door den beklaagde zóódanig gebruik is gemaakt, dat daaraan rechtsgevolgen waren verbonden?

De vijfde overweging van het aangevallen arrest is gewijd aan de beantwoording der drie eerst gestelde vragen en daarbij wordt, op grond van hetgeen in de vierde overweging onder de letters *d* en *e* is aan-

gevoerd, als feitelijk bewezen aangenomen, dat de beklaagde het proces-verbaal, wat den inhoud betreft, juist zóó heeft opgemaakt, als in de dagvaarding is vermeld.

Na aldus den inhoud van het proces-verbaal te hebben vastgesteld, gaat het Hof in de zesde en zevende overweging over tot de beantwoording der vierde vraag, of beklaagde geacht moet worden dit procesverbaal valschelijk, in strijd met de waarheid en te kwader trouw te hebben opgemaakt?

Het Hof beantwoordt ook die vraag bevestigend, op grond van een aantal aanwijzingen in het arrest opgesomd onder de letters *g* — *p*.

Die aanwijzingen strekken niet om iets te wijzigen of te veranderen in den reeds vastgestelden inhoud van het van valschheid betichte proces-verbaal, doch hebben alleen ten doel aan te toonen, dat de beklaagde bij het opmaken van het verbaal te kwader trouw is geweest; daartoe ontleent het Hof aanwijzingen aan een aantal wel bewezen omstandigheden in het arrest opgenoemd onder de letters *i* tot *p*; waaronder ten slotte ook voorkomt de op de terechtzitting door den beklaagde ter nadere preciseering van den inhoud van het geincrimineerde proces-verbaal afgelegde verklaring.

Ik kan waarlijk niet inzien, wat tegen deze constructie van het bewijs der onwaarachtigheid van het proces-verbaal kan worden aangevoerd, en waarom het den rechter niet zou vrijstaan ten deze eene aanwijzing te ontleenen aan de eigen opgaven van den beklaagde.

Buitendien is het verschil tusschen hetgeen in het proces-verbaal vermeld staat en hetgeen door den beklaagde op de terechtzitting omtrent de slagen is verklaard uiterst gering.

In het proces-verbaal wordt gerelateerd, dat de slagersvrouw den beklaagde met een slachtersstaal danig heeft mishandeld door hem op hoofd, armen en schouders en voorts, waar zij maar raken kon, te slaan, door welke slagen eene ontvelling aan de rechterhand, een blauwe plek op den linkerarm en pijn aan hoofd en andere lichaamsdeelen zou zijn ontstaan.

Daarbij is dus kennelijk sprake niet van één of twee, doch van meerdere slagen, die dan hier, dan daar hebben getroffen.

Van deze in het proces-verbaal opgenomen verklaring wijkt, nu voor zoover ik zien kan, de op de terechtzitting afgelegde verklaring geenszins af, alleen is bij de laatste verklaring het aantal slagen ietwat meer gepréciseerd, doordat dit daarbij thans beperkt is tot 6 of ten hoogste 7.

Ik kan niet toegeven, dat deze beperking van het in het proces-verbaal medegedeelde eenig noemenswaardig verschil doet ontstaan of van eenig belang is voor deze zaak.

Doch zelfs al ware het verschil van meer beteekenis, dan nog zou het om de straks ontwikkelde redenen geen aanleiding kunnen geven tot cassatie.

Onafhankelijk van het voorgestelde middel is bij mij echter bedenking gerezen tegen de beslissing door het Hof bij de twaalfde overweging van het arrest gegeven, waar het Hof als zijne meening uitspreekt dat art. 44 Wetboek van Strafrecht in casu geen toepassing kan vinden, omdat de bij dat artikel omschreven verzwarende omstandigheid in casu niet zoude zijn ten laste gelegd.

Het is volkomen waar, dat in de dagvaarding niet met even zoovele woorden staat, dat de beklaagde in casu valt onder het bereik van artikel 44 Strafrecht;

doch het is niet minder waar, dat de wet ook niet vordert, dat in de dagvaarding reeds de artikelen worden aangewezen, die naar het oordeel van het Openbaar Ministerie door den beklaagde zouden zijn overtreden.

Wat de wet bij art. 143 Strafvord. eischt is alleen, dat in de dagvaarding alle omstandigheden vermeld worden, waaronder het feit is gepleegd, opdat de rechter daarin al de feitelijke gegevens kunne vinden noodig voor de juridische qualificatie.

Wenschelijk en noodig is het daarom, dat de steller der dagvaarding zich bij het ontwerpen daarvan, nauwkeurig rekenschap geve van de qnalificatien, die aan de feiten zouden kunnen gegeven worden, opdat de rechter ook dáár, waar hij omtrent de qualificatie afwijkt van de meening van het Openbaar Ministerie, over de voor de qualificatie noodige feitelijke gegevens kunne beschikken.

In casu is m. i. aan dien eisch geheel voldaan, niet alleen is van meet af gedacht aan de mogelijkheid, dat de rechter de feiten zou qualificeeren als valschheid in geschrifte, maar reeds bij de vordering tot het verleenen van rechtsingang, prod. 20, had de steller de mogelijkheid van toepassing van art. 44 zoowel voor het geval van meineed als voor dat van valschheid in geschrifte voor oogen en heeft hij kennelijk de beschuldiging zoo willen formuleeren, dat deze den rechter gelegenheid gaf artikel 44 Strafrecht zoo noodig toe te passen.

Is hij nu, desniettemin in dat opzet niet geslaagd?

Ik kan het niet toegeven. De dagvaarding behelst m. i. alle feitelijke gegevens, noodig voor de toepassing van artikel 44 Strafrecht, immers is aan den beklaagde uitdrukkelijk ten laste gelegd, dat hij in zijne

hoedanigheid van rijksveldwachter op zijn ambtseed een valsch proces-verbaal heeft opgericht, met het opzet dit te gebruiken en te doen gebruiken als wettig bewijsmiddel tegen de huisvrouw van G. v. O. en waar nu het Hof bij de negende overweging dit alles wettig en overtuigend bewezen verklaart, had het m. i. artikel 44 Wetboek van Strafrecht niet buiten toepassing mogen laten, daar immers uit de beslissing „quoad facta'' volgt, dat de beklaagde als ambtenaar tot het plegen van meineed heeft gebruik gemaakt van de hem door zijn ambt geschonken macht en gelegenheid om, door het opmaken van een ambtseedig proces-verbaal, een bewijsmiddel te scheppen en van het hem mede door zijn ambt geschonken middel, om zoodanig proces-verbaal als aanklacht aan de bevoegde macht te doen toekomen.

Artikel 44 Strafrecht is mitsdien door niet toepassing bij het aangevallen arrest geschonden, waarom ik de eer heb te concludeeren, dat het Uwen Raad moge behagen: het voorgestelde middel van cassatie te verwerpen, doch het arrest wegens schending van artikel 44 Strafrecht, alleen voor zooveel betreft de qualificatie, te vernietigen; en, recht doende krachtens artikel 105 der Wet op de R. O., gezien de artikelen 207, 44, 28 en 31 Wetb. van Strafrecht, de bewezen verklaarde feiten alsnog te qualificeeren als het misdrijf van meineed gepleegd door een ambtenaar met gebruikmaking van macht, gelegenheid en middel hem door zijn ambt geschonken.

Arrest H. R. van 4 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van J. K., oud 33 jaar, geboren te Zaandam, wonende te Hulst, van beroep rijksveldwachter, opziener der jacht en visscherij ter standplaats Kapellebrug (gemeente Clinge), req. van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 11 Oct. 1900, waarbij, met vernietiging van een vonnis der Arr. Rechtbank te Middelburg van 15 Juni 1900, bij hetwelk hij is vrijgesproken, en toepassing der artt. 28, 31, 207 W. v. Strafr. 239 in verband tot de artt. 214, 216, 219 en art. 247 W. v. Strafvord., de requirant is schuldig verklaard aan *meineed*, en te dier zake veroordeeld tot gevangenisstraf voor den tijd van een jaar en zes maanden en ontzet van het recht om eenig ambt bij rijks- of gemeente-politie te bekleeden voor den tijd van zes jaar en zes maanden;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Hanlo;

Gelet op het middel van cassatie, namens den req. voorgedragen bij pleidooi:

Schending en verkeerde toepassing van art. 211 in verband met art. 221 W. v. Strafvord., zijnde het arrest niet juist met redenen omkleed, omdat het Hof in de aanwijzing sub p overweegt, dat indien werkelijk „aan den beklaagde door vrouw A. 6 à 7 slagen „waren toegebracht, getuige J. zulks had moe„ten zien, omdat zij, uitgezonderd een ondeelbaar „oogenblik, haar oogen op beklaagde en vrouw A. „heeft gericht gehouden" en daarbij kennelijk uit het oog verliest, dat beklaagde in zijn van valschheid beticht proces-verbaal relateert: dat hij op armen en schouders is geslagen, doch daarin niet spreekt van 6 of 7 slagen,— terwijl dat proces-verbaal, dat heet valsch te zijn en waarvan de valschheid moet worden bewezen, letterlijk moet worden opgevat, en het er

in deze niet toe doet wat beklaagde op de terechtzitting als toelichting heeft verklaard;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MAGARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie strekkende enz.;

Overwegende, dat blijkens het bestreden arrest in het ambtseedig proces-verbaal, waarvan de valschheid door het Hof als bewezen is aangenomen, o. a. voorkomt „dat zij (vrouw A.) „mij (den req.) op het hoofd, armen en schouders sloeg, en voorts waar zij mij raken kon, door welke slagen" enz, waarna de gevolgen dier slagen verder worden opgenoemd, terwijl in het bestreden arrest de 6e overweging sub p luidt, zooals boven in het cassatiemiddel is vermeld.

O., dat uit het zittingblad van het Gerechtshof blijkt, dat de opgave, dat hem door vrouw A., huisvrouw O., 6 à 7 slagen zijn toegebracht, door den req. ter terechtzitting van den Hove is gedaan;

O., dat dus het verschil tusschen hetgeen de beklaagde ter terechtzitting opgaf en hetgeen in zijn ambtseedig proces-verbaal door hem is verklaard, waarop in het middel wordt gewezen, alleen hierin bestaat, dat in de opgave van 6 à 7 slagen wordt gesproken en in het proces-verbaal meerdere slagen, doch geen bepaald getal worden vermeld; dat dit nu niet is een wezenlijk verschil dat van invloed kan zijn op de meerdere of mindere mate van valschheid van het proces-verbaal, daar toch wat in die opgave en wat in het proces-verbaal op het punt der slagen voorkomt niet met elkander strijdt, maar alleszins kan samengaan;

dat het Hof dan ook kennelijk geen verschil tusschen het een en het ander aanwezig heeft gevonden, daar

zijn sub p uitgesproken oordeel niet betreft de vraag of den req. slagen *in eenig bepaald aantal* kunnen zijn toegebracht door vrouw O., maar de vraag of deze vrouw den req. kan *geslagen* hebben;

dat overigens geen enkele grond is bijgebracht en er ook geen bestaat, waarom in deze zaak eene opgave van den relatant tot toelichting van een valschelijk door hem opgemaakt proces-verbaal niet tot weder-legging eener door hem gevoerde verdediging door den rechter zou mogen gebezigd worden;

O., dat mitsdien het voorgestelde middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep in cassatie.

§ 30.

UITLEGGING DER DAGVAARDING. — ART. 45 IN VERBAND MET ART. 44 DER ALGEMEENE POLITIEVERORDENING VOOR NIJMEGEN.

Waar de uitlegging berust op eene rechtsbeschouwing, is zij niet onttrokken aan 's Hoogen Raads oordeel in cassatie.

Interpretatie van art. 45 in verband met art. 44 der Algemeene politieverordening voor Nijmegen.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Als éénig middel van cassatie is door den heer req. bij tijdig ingediende memorie voorgesteld: schending door niet toepassing van art. 45 der algemeene politieverordening der gemeente Nijmegen, zooals dit artikel luidt sedert de bij verordening van 18 Oct. 1890 in de verordening van 4 Juni 1887 gebrachte wijzigingen.

Het middel komt mij gegrond voor.

Gelijk de heer req. in zijne memorie uiteenzet heeft de Rechtbank te Arnhem bij het vaststellen van het aangevallen vonnis art. 45 der algemeene politieverordening van Nijmegen voor oogen gehad, zooals dit oorspronkelijk bij Raadsbesluit van 4 Juni 1887 was vastgesteld en heeft zij geen rekening gehouden met de bij Raadsbesluit van 18 Oct. 1890 daarin gebrachte wijziging.

Hadde zij dit wel gedaan, zij zou zeker de gerequireerde niet hebben ontslagen van rechtsvervolging maar, waar zij de feiten bij dagvaarding ten laste gelegd wettig en overtuigend bewezen verklaarde, ook erkend hebben, dat die feiten strafbaar zijn uit kracht van het gewijzigde art. 45 j^{cto} 118 der algemeene politieverordening voor de gemeente Nijmegen.

Mitsdien heb ik de eer te concludeeren, dat het den Hoogen Raad moge behagen te vernietigen het vonnis der Arrondissement-Rechtbank te Arnhem van 6 Nov. jl. en, recht doende ten principale uit kracht van art. 105 R. O., te verklaren, dat de door de Rechtbank wettig en overtuigend bewezen verklaarde feiten opleveren de overtreding van het in de gemeente Nijmegen een aanvang maken met het bouwen van een gebouw, vóórdat het door Burgemeester en Wethouders gewaarmerkte exemplaar der teekening van den voorgenomen bouw aan hem is teruggezonden, de beklaagde aan die overtreding schuldig te verklaren en hem mitsdien, onder toepassing der artt .118, 45, 44 en 40 der aangehaalde Politieverordening, te veroordeelen tot betaling eener geldboete van *f* 25 met bepaling, dat indien de boete niet betaald is binnen twee maanden ná den dag van uitspraak van het arrest deze

zal worden vervangen door hechtenis voor den
van vijf dagen.

Arrest H. R. van 4 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Off. v. Just. bij de A
Rechtbank te Arhem, requirant van cassatie te
een vonnis van die Rechtbank van den 6 Novem
1900, waarbij J. Th. A. D, oud 40 jaar, koopm
wonende te Hees, gemeente Nijmegen, ontslagen
van alle rechtsvervolging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer HANLO

Gelet op het middel van cassatie, door den r
voorgesteld bij memorie:

Schending van art. 45 der Algemeene Politiever
dening der gemeente Nijmegen, zooals die is ge
zigd bij besluit van den Raad dier Gemeente van
October 1890, afgekondigd den 20en November d
aanvolgende, door niet toepassing van voormeld
tikel;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ,
mens den Proc-Gen., in zijne conclusie, strekke
dat enz.;

Overwegende, dat de gerequireerde voor den K
tonrechter te Nijmegen heeft terechtgestaan bekla
ter zake: dat is bevonden den 21 Maart jongstle
dat hij een aanvang had gemaakt met het bou
van een woonhuis aan de Johannes Vijghstraat, h
Athlonestraat te Nijmegen, zonder zich schriftelijk
hebben gewend tot Burgemeester en Wethou
dier Gemeente, met overlegging van de teeke
van dat gebouw in duplo, bedoeld bij art. 40
van de Alg. Pol.verord. der gemeente Nijmegen

aldus voordat hem was terug gezonden het door B. en W. gewaarmerkt exemplaar dier teekening;

O., dat bij vonnis van gezegden Kantonrechter op grond van de bewijsmiddelen, waarvan de inhoud in het vonnis is opgenomen, het ten laste gelegde feit wettig en overtuigend bewezen is verklaard en gequalificeerd als het in de gemeente Nijmegen een aanvang maken met het bouwen van een gebouw, voordat het door B. en W. gewaarmerkte exemplaar der teekening aan hem is teruggezonden en de gereq., met toepassing van de artt. 40, 44, 45 en 118 der Algemeene Politieverordening te Nijmegen en art. 23 Wetb. v. Strafr., te dier zake is veroordeeld tot een geldboete van 25 gulden en vervangende hechtenis van 5 dagen;

O., dat op het hooger beroep zoo van den veroordeelde als van het O. M. de Rechtbank, bij het bestreden vonnis, voornoemd vonnis van den Kantonrechter heeft vernietigd en, opnieuw recht doende, wettig en overtuigend bewezen heeft verklaard het feit bij dagvaarding aan den beklaagde ten laste gelegd, doch dat dit niet oplevert eenig strafbaar feit en hem te dier zake heeft ontslagen van alle rechtsvervolging;

O., dat dit ontslag van rechtsvervolging is gegeven op grond „dat bij art. 118 der Alg. Pol. verord. „der gemeente Nijmegen wel onder meer straf wordt „bedreigd tegen overtreding van het bepaalde bij art. „45 dier Verordening, waarbij wordt verboden met „het bouwen een aanvang te maken, voordat het bij „de eerste zinsnede van het daaraan voorafgaand „artikel bedoelde bericht is ontvangen van B. en W., „dat zij namelijk tegen den ontworpen bouw geen „bedenkingen hebben, doch dit feit bij dagvaarding

„aan den beklaagde niet is ten laste gelegd, terwijl „het feit dat den beklaagde bij dagvaarding wel wordt „ten laste gelegd en dat omschreven wordt in art. 40 der „voorbedoelde verordening, noch bij voormeld art. 118, „noch elders met eenige straf wordt bedreigd";

O., dat door den requirant tot steuning van het cassatiemiddel bij de memorie hiertegen is aangevoerd: dat de Rechtbank bij deze overweging klaarblijkelijk het oog heeft gehad op de verbodsbepaling, zooals die was omschreven in art. 45, alvorens het in 1890 was gewijzigd, en dan geoordeeld heeft, dat de dagvaarding, die gebaseerd is op het gewijzigd art. 45 niet ten laste legt het feit zooals dit is omschreven in art. 45 oud;

O., dat de Rechtbank de dagvaarding in dien zin heeft uitgelegd, dat daarbij is ten laste gelegd de over treding van art. 40 en niet die van art. 45 der bovengenoemde verordening; dat die uitlegging enkel berust op den zin en de beteekenis, die gezegde artikelen naar het oordeel der Rechtbank hebben en hunne al of niet-toepasselijkheid op de ten laste gelegde en ook bewezen verklaarde feiten, mitsdien op eene rechtsbeschouwing, zoodat zij aan de beoordeeling van den Hoogen Raad in cassatie is onderworpen.

O., dat art. 45 verbiedt met het bouwen, herbouwen of veranderen (onder andere van woningen) een aanvang te maken vóórdat het door B. en W. gewaarmerkte exemplaar der teekening volgens het vorige artikel teruggezonden is;

O., dat dat „vorige" art. (44) luidt: „Wanneer B. „en W. bedenkingen tegen den ontworpen bouw „hebben, deelen zij die zoo spoedig mogelijk na „ontvangst van de in art. 40 aangeduide stukken" (het verzoekschrift en de teekening in duplo van het

gebouw) „aan den verzoeker mede. Indien zij geene „bedenkingen hebben, berichten zij dat zoo spoedig „mogelijk en zenden den verzoeker een door hem „gewaarmerkt exemplaar van de door hem overgelegde „teekening terug";

O., dat derhalve art. 45 doelt op het geval, dat een verzoekschrift en teekening aan B. en W. zijn ingezonden, hetgeen door de verwijzing naar art. 44 nog scherper uitkomt;

dat mitsdien, waar in het geheel geen verzoekschrift en teekening is ingezonden, en dus van geen „teruggezonden" sprake kan zijn, art. 45 niet toepasselijk is;

O., dat blijkens het bestreden vonnis, zooals ook in de dagvaarding was gesteld, vaststaat, dat de gerequireerde den bouw heeft aangevangen, zonder dat hij zich, onder overlegging der teekening in duplo, schriftelijk tot B. en W. had gewend; dat mitsdien art. 45, op welks overtreding bij art. 118 der Verordening straf is gesteld, hier niet toepasselijk is, en het niet wordt doordat in het slot der dagvaarding aan het ten laste gelegde eene aan art. 45 ontleende onjuiste qualificatie is toegevoegd;

O., dat art. 40 bepaalt onder andere: dat ieder, die gebouwen wil bouwen, verplicht is zich schriftelijk te wenden tot B. en W. met overlegging van teekening in duplo op 1/100 der ware groote, door den verzoeker en zijn architect of werkbaas geteekend, aanwijzende wat verder in dat artikel wordt opgenoemd;

O., dat gerequireerde, aanvangende met bouwen, zonder de bij art. 40 bedoelde stukken bij B. en W. in te dienen, welk feit zooals boven is gezegd, ten laste gelegd en ook bewezen is verklaard, niet heeft nageleefd de verplichting hem bij dat artikel opgelegd en mitsdien dat artikel heeft overtreden; dat echter die overtreding

noch bij art. 118 der Verordening, noch elders is strafbaar gesteld;

O., dat derhalve de Rechtbank, zonder schending van het in het middel opgenoemde art. 45, dat artikel buiten toepassing heeft kunnen laten, zoodat het voorgestelde middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep in cassatie.

§ 31.

CASSATIE (OP GROND DAT IN HOOGER BEROEP IS RECHT GEDAAN, ZONDER VERNIETIGING OF BEVESTIGING VAN HET VONNIS A QUO.

Cassatie van een in hooger beroep gewezen vonnis, omdat daarbij het vonnis van eersten aanleg noch bevestigd, noch geheel of gedeeltelijk vernietigd is.

Conclusie van den Adv. Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Bij tijdig ingediende memorie zijn vier middelen van cassatie voorgesteld:

I° Schennis door niet toepassing van de artt. 247 en 256 Wetboek van Strafvordering, doordat bij het bestreden vonnis het vonnis a quo noch geheel bevestigd noch vernietigd is.

Het middel doelt hierop, dat in het dictum van het vonnis niet met evenzoovele woorden is gezegd: „Vernietigt het vonnis, waarvan hooger beroep".

Nergens in de wet zijn die woorden echter als *sacramenteel* voorgeschreven en zeker niet bij de artikelen in het middel genoemd.

Wel vordert art. 247 Wetb. van Strafvordering, dat de rechter van zijne bedoeling om te vernietigen duidelijk doe blijken, doch dit is in casu bij het aangevallen vonnis op zóódanige wijze geschied, dat twijfel

omtrent de beteekenis van 's rechters beslissing niet mogelijk is.

Immers overweegt de rechter in hooger beroep eerst, dat het beroepen vonnis niet in stand gehouden, doch *vernietigd* behoort te worden, omdat eenerzijds het vonnis niet overeenstemt met het ambtseedige proces-verbaal, waarop recht is gedaan en anderzijds het vonnis, waar het aanneemt, dat op 23 Februari de jacht in Gelderland was gesloten, niet aanwijst op grond, waarvan dit feit als vaststaande is beschouwd, na welke beschouwing in het vonnis onmiddellijk de woorden volgen *„opnieuw recht doende*" en de zaak verder geheel op nieuw berecht wordt.

Plaats voor twijfel omtrent 's rechters bedoeling is hier dus niet. Het vonnis laat geen andere uitleg toe, dan dat het vonnis, waarvan hooger beroep, daarbij is vernietigd.

Waar dit onmiskenbaar het geval is levert het ontbreken der gebruikelijke, doch bij de wet niet voorgeschreven woorden, *„vernietigt het vonnis*" geen grond tot cassatie op.

Nergens is het gebruik van die woorden op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Het IIe middel heet schennis door niet toepassing van de artt. 221 en 257 Wetboek van Strafvordering, doordat art. 257 niet is vermeld onder de door de Rechtbank aangehaalde artikelen en dit in strijd met het op straffe van nietigheid bij art 221 Jcto 223 Wetb. v. Strafvordering gegeven voorschrift, daar immers de Rechtbank, om in casu art. 221 te kunnen toepassen, allereerst van art. 257 gebruik heeft moeten maken.

Het middel stuit m. i. af op uwe jurisprudentie, waarbij herhaaldelijk is beslist, dat onder de artikelen,

die bij een veroordeelend vonnis worden toegepast, en die op straffe van nietigheid zijn aan te duiden, alleen die artikelen zijn te verstaan, die de qualificatie *van* en de strafbepaling tegen het misdrijf bevatten en uit kracht waarvan dus de veroordeeling is uitgesproken.

De artikelen, die alleen betrekking hebben op de in acht te nemen vormen der rechtspleging behooren daartoe niet.

Te dezen aanzien mag ik verwijzen naar uwe arresten van 27 December 1897, W. 7062, 30 December 1889, W. 5822 en naar jurisprudentie aangehaald bij Leon ad artikel 211oud A. bl. 498.

Als IIIde middel wordt voorgesteld: Schending door verkeerde toepassing van de artt. 211, 221 en 257 Wetboek van Strafvordering, doordat terwijl naar eene juiste opvatting van art. 221 Strafv. de volgorde der door den rechter te geven beslissingen moet overéénstemmen met de orde in het artikel aangenomen, hier feit en recht zijn dooréén gemengd, daar immers de beslissing, dat door de verklaringen der getuigen à décharge het quoad facta geleverde bewijs niet is ontzenuwd, achteraan komt, nádat reeds over de aan de feiten te geven qualificatie en de daarop toe te passen artikelen is beslist.

De grief is ongegrond.

Over alles, waarover de rechter naar luid der artt. 211 en 221 Wetboek van Strafvordering had te beslissen, is in het vonnis beslist met inachtneming der uit den aard der zaak voortvloeiende en ook in de wet gevolgde orde.

De wet vordert echter niet, dat de rechter, die een schuldig uitspreekt, nog afzonderlijk mededeele, waarom hij aan de verklaringen der getuigen, die à

décharge hebben verklaard geen voldoende kracht heeft toegekend, om zich daardoor van het uitspreken van eene schuldigverklaring te laten weerhouden. Dat hij van de onschuld niet overtuigd is geworden, blijkt immers reeds afdoende uit de schuldigverklaring.

Wil de rechter echter in sommige gevallen rekenschap geven van de overwegingen, die hem geleid hebben tot het ter zijde stellen van de verklaringen der getuigen à décharge, dan is hij daartoe volkomen bevoegd, doch ook even zeker *vrij* in de keuze der plaats in het vonnis, waar hij zijne beweegredenen te dezen aanzien wil blootleggen.

Nergens is op straffe van nietigheid voorgeschreven in welke orde de rechter zijne beslissingen heeft te geven. Juist omdat die orde uit de natuur der zaak voortvloeit, heeft de wetgever het waarschijnlijk geheel overbodig geacht daaromtrènt nog stellige voorschriften te geven.

Geen der door den requirant bij het middel aangeduide artikelen acht ik daarom in het onderhavige geval geschonden of verkeerd toegepast.

Het IVde en laatste middel heet schending door verkeerde toepassing van art. 20 der Jachtwet in verband met de artt. 216, 2° en 257 Wetboek van Strafvordering, doordat veroordeeld is wegens het *in gesloten tijd* doen van pogingen, om wild te bemachtigen, terwijl van dit bestanddeel der overtreding in de dagvaarding geen melding is gemaakt.

Indien het hier wederom op *sacramenteele* woorden aankwam, had de requirant zijn pleit zeker gewonnen, want de woorden „*in gesloten jachttijd*" komen in de dagvaarding inderdaad niet voor.

Wel is echter in de dagvaarding uitdrukkelijk gesteld, dat de overtreding heeft plaats gehad op den 23sten

Februari 1900 en daar nu, bij een ter voldoening aan het voorschrift van art. 11 der Jachtwet door Gedeputeerde Staten van Gelderland op 14 December 1899 genomen en behoorlijk door openbare afkondiging ter algemeener kennisse gebracht besluit, de jacht op hazen in Gelderland met ingang van 30 December 1899 was gesloten en op 23 Februari 1900 nog niet was heropend, ligt in het stellen, dat het feit op 23 Februari is gepleegd, tevens de voor den beklaagde volkomen verstaanbare imputatie, dat het hem ten laste gelegde feit in gesloten jachttijd is gepleegd. In gelijken zin werd reeds door U beslist bij arrest van 15 November 1875, W. 3931.

Ook dit middel kan dus m. i. niet leiden tot vernietiging van het aangevallen vonnis, waarom ik de eer heb te concludeeren tot niet ontvankelijk verklaring van den requirant, voor zoover hij zich ook in cassatie heeft voorzien tegen dat deel van het vonnis, waarbij hij is vrijgesproken van een deel der aanklacht, en voorts tot verwerping overigens der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 4 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van D. W., oud 46 jaren, arbeider, geboren te Vledder, wonende te Zutphen, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te Zutphen van 7 Nov. 1900, waarbij in hooger beroep van een vonnis van den Kantonrechter te Zutphen van 18 Sept. 1900, de requirant werd schuldig verklaard aan: het in gesloten jachttijd bij vereeniging van meer dan 4 personen zonder te zijn voorzien van consent of buitengewone machtiging in het veld pogingen te doen om wild op te sporen en, met toepassing van de artt. 20, 40, 42 der jachtwet, 23 W.

v. strafr., 3, 10 pro en 14o, 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. No 64), 214, 221, 256 en 216 W. v. Strafvord., werd veroordeeld tot betaling eener geldboete van *f* 10. — , met bepaling dat die boete ingeval van wanbetaling zal worden vervangen door hechtenis van acht dagen, — met vrijspraak van het meer ten laste gelegde;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. LAMAN TRIP;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij memorie:

I. Schending door niet toepassing van art. 247 in verband met art. 256 W. v. Strafvord.;

II. Schending door niet toepassing van de artt. 221 en 257 W. v. Strafvord.;

III. Schending door verkeerde toepassing van de artt. 211, 221 en 257 W. v. Strafvord.;

IV. Schending door verkeerde toepassing van art. 20 der wet van 13 Juni 1857 (Stbl. No. 87) in verband met de artt. 216, lid 2 en 257 W. v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie strekkende enz.;

Overwegende, dat het beroep onbeperkt is ingesteld, doch niet ontvankelijk is voor zoover het is gericht tegen de in het vonnis vervatte vrijspraak;

O. voor zoover het beroep ontvankelijk is:

dat bij het eerste middel van cassatie is aangevoerd, dat die artikelen zijn geschonden, omdat bij het bestreden vonnis het vonnis a quo van den Kantonrechter te Zutphen van 18 Sept. 1900 noch bevestigd noch geheel of gedeeltelijk vernietigd is;

O. daaromtrent, dat in het bestreden vonnis wordt overwogen, dat op de gronden daarbij vermeld het

vonnis waarvan appel behoort te worden vernietigd, en de Rechtbank daarna, op het ingestelde hooger beroep recht doende, den requirant heeft veroordeeld zonder eenige beslissing te geven omtrent het vonnis van den Kantonrechter, waarbij de requirant ook en terzelfder zake veroordeeld was;

dat dit vonnis in eersten aanleg dus is blijven bestaan, en de Rechtbank zonder vernietiging daarvan niet in hooger beroep opnieuw konde rechtdoen en veroordeelen;

dat zij door dit te doen heeft geschonden art. 247 in verband met art. 256 W. v. Strafvord., zoodat het cassatiemiddel gegrond is en het bestreden vonnis moet worden vernietigd;

O., dat, nu het eerste middel van cassatie gegrond is, het onderzoek der overige middelen vervalt;

Gezien artikel 347 W. v. Strafvord.;

Verklaart den requirant niet ontvankelijk in zijn beroep voor zoover dit is gericht tegen de in het bestreden vonnis vervatte vrijspraak;

Vernietigt overigens dit vonnis op 7 Nov. 1900 door de Arr. Rechtbank te Zutphen in de zaak tegen den requirant gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 der Wet op de R. O.

Verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem, ten einde in zoover op het bestaande hooger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

§ 32.

MEMORIE VAN CASSATIE. — TERMIJN VAN INZENDING DER MEMORIE VAN CASSATIE AAN DEN GRIFFIER VAN DEN HOOGEN RAAD.

Ook bij de ingevolge art. 362 Strafv. rechtstreeks aan

den Griffier van den Hoogen Raad verzonden memorie van cassatie moet worden in acht genomen de bij art. 358 *van dat Wetboek bepaalde termijn.*

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ: De in deze zaak door den raadsman van den veroordeelde ingediende memorie van cassatie, is, hoewel ze reeds in den voormiddag van 20 Nov. blijkens postmerk te 's Gravenhage was aangekomen, eerst op 21 Nov. ter Griffie van den H. R. ontvangen en alzoo niet binnen den termijn gesteld bij art. 358 Strafv.

Indien Uw Raad volhardt bij de jurisprudentie voor het eerst aangenomen bij arrest van 31 Aug. 1849, W. 1063 en sedert steeds gehandhaald, laatstelijk bij uwe arresten van 15 Nov. 1886 (N. R. 144 § 33, bl. 212), van 24 Oct. 1887 (N. R. 147, bl. 112) en van 5 Dec. 1898 (N. R. deel 180 § 40, bl. 264), dan kan op deze memorie geen acht worden geslagen, omdat ze te laat is ingediend.

Uwe jurisprudentie op dit punt is intusschen niet onbestreden gebleven. Ze is o. a. aangevallen door Mr. A. A. de PINTO in zijn Herzien Wetboek van Strafv., II bl. 497, waar deze schrijver er op wijst, dat de door den H. R aangenomen stelling, dat de in art. 358 gestelde termijn geacht moet worden, ook te gelden voor art. 362 niet onbetwistbaar is, omdat art. 362 van geen termijn gewaagd en het ook niet duidelijk is, waarom de requirant, die op den rechtsdag zelf zijne middelen mondeling door een advocaat kan doen voordragen, eenigermate beperkt zoude zijn in zijne bevoegdheid, om dezen *tot dien rechtsdag* schriftelijk aan den Raad mede te deelen.

Deze opmerking van uw medelid heeft mij aanlei-

ding gegeven, uwe jurisprudentie nog eens nauwkeurig na ta gaan, waarbij ik tot de slotsom ben gekomen, dat deze geheel rust op de *onderstelling*, dat naar den niet uitgedrukten, doch gepraesumeerden wil van den wetgever moet aangenomen worden, dat de termijn van art. 358 ook geldt voor art. 362 Wetb v. Strafv.

Nu is het, geloof ik, onbetwistbaar dat art. 362, dat voor de herziening van 1886, art. 397 heette, is eene vertaling van art. 424 Code d' Instruction criminelle; daaromtrent kan geen twijfel bestaan, daar de in onze Nederlandsche wetgeving onverstaanbare in het artikel nog heden ten dage voorkomende woorden, „of wel de beteekende uitgiften of afschriften van het vonnis of arrest of afschrift van zijnen eisch tot cassatie" al te duidelijk aantoonen, dat het een artikel is, dat min of meer gedachtenloos door den wetgever uit het Fransche recht is overgenomen.

Om de juiste beteekenis van het artikel wel te begrijpen, dient de uitlegger dus tot het Fransche recht van vóór 1830 terug te keeren.

Doet men dit, dan blijkt, dat volgens dat recht de voorziening in cassatie, evenals bij ons nog heden ten dage, geschiedde door aanteekening ter Griffie van het College, dat de aangevallen uitspraak had gewezen en dat alsdan de Griffier van dat college krachtens artikel 423 Code d'Inst." gehouden was, de processtukken met de ingediende memorie, zoo die er waren, onmiddellijk *na verloop* van den bij art. 422 gestelden termijn van 10 dagen in te zenden aan den Minister van Justitie, die ze op zijne beurt deed toekomen aan het Hof van Cassatie.

Die regeling liet natuurlijk niet toe, dat na ommekomst van den termijn van 10 dagen nog memorien zouden kunnen ingediend worden *ter Griffie van het College, dat de aangevallen uitspraak deed.*

Maar ze sloot de mogelijkheid niet uit, dat de requirant, die den termijn van 10 dagen ongebruikt had laten voorbijgaan, *later* nog zijne memorie *rechtstreeks aan het Hof van Cassatie* deed toekomen. — Integendeel werd de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk erkend bij art. 424 Code d'Instruct. Cr., waaraan ons art. 397, thans 362 Strafv. is ontleend.

Ik heb dan ook niet gevonden, dat in Frankrijk ooit de leer is aangenomen, dat de termijn van art. 422 Code d'Inst. Cr. „ex praesumta legislatoris voluntate" ook geldt voor art. 424, doch wel, dat reeds sedert 1806 door de Fransche jurisprudentie is aangenomen, dat de termijn van art. 422 niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, zoodat ook na ommekomst van dien termijn nog eene memorie kan ingediend worden. Cf. DALLOZ, Répertoire, Tome VII in voce Cassation § 921.

Op dien grond meen ik, dat noch de woorden van art. 362, noch de geschiedenis van dit artikel Uwen Raad verplichten, de ingediende memorie buiten aanmerking te laten.

Als eenig middel van cassatie wordt daarbij voorgesteld, Schending van art. 216 Strafv. jcto 41 Sr., omdat geen onderzoek is gedaan naar het al of niet bestaan van den noodweer, waarop de beklaagde zich heeft beroepen.

Het middel mist m. i. een feitelijken grondslag, immers is met de bewering van beklaagde, dat hij in noodweer zou hebben gehandeld door den rechter zoowel in eerste, als in tweede instantie rekening gehouden en worden én bij vonnis, én bij arrest de redenen medegedeeld, waarom de rechter, die bewering als onaannemelijk verder buiten beschouwing laat.

Op dien grond heb ik de eer te concludeeren tot verwerping van deze voorziening.

Arrest H. R. van 4 Febr. 1901:

De Hooge Raad der Nederlanden,

Op het beroep van J. D. H., oud 17 jaren, landbouwer, geboren en wonende te Munstergeleen, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch van 7 Nov. 1900, waarbij, op het door den requirant ingesteld hooger beroep, met aanvulling der gronden, is bevestigd het vonnis van de Arr. Rechtbank te Maastricht van 18 Sept. 1900, bij welk vonnis de requirant werd schuldig verklaard aan, mishandeling en, met toepassing van art. 300 W. v. Strafr. en van de artt. 214 en 219 W. v. Strafvord., werd veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf, met bevel omtrent de overtuigingstukken zooals in dat vonnis is vermeld;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. van Teijlingen;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. **Rethaan Macaré**, namens den Proc.-Gen. in zijn conclusie strekkende enz.;

Overwegende, dat, terwijl het beroep in cassatie namens den requirant door zijnen daartoe gevolmachtigde is aangeteekend ter Griffie van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch op 10 Nov. 1900, de namens hem door zijnen raadsman onderteekende aan den Griffier bij den Hoogen Raad toegezonden memorie van cassatie, blijkens de daarop gestelde aanteekening van den Griffier, eerst den 21 Nov. 1900 door dezen is ontvangen, alzoo op den 11en dag volgende op dien der aanteekening;

O., dat bij art. 358 W. v. Strafvord. is voorgeschreven, dat de termijn voor het indienen der memorie van casatie ter Griffie van het college, hetwelk het vonnis heeft gewezen, is binnen de 10 dagen volgende op dien waarop de aanteekening is geschied;

dat wel is waar bij art. 362, waarbij is veroorloofd de inzending der memorie dadelijk aan den Griffier van den Hoogen Raad, niet uitdrukkelijk voorkomt de bepaling van een termijn, maar dat daarbij echter moet worden geacht stilzwijgend te zijn herhaald de termijn van art. 358;

dat mitsdien op den inhoud der memorie, als te laat ingediend, door den Hoogen Raad geen acht kan worden geslagen;

O., dat geene gronden aanwezig zijn gevonden, waarom het beklaagde arrest ambtshalve zoude behooren te worden gecasseerd;

Verwerpt het gedaan beroep in cassatie.

§ 33.

OPHEFFING VAN PUBLIEKE BESTEMMING. — EIGENDOM (VAN DEN VERKEERSWEG) VAN DEN STAAT. — „LOOPEND WATER" (BEGRRIP VAN). — RIVIERARM (AFGESLOTEN).

De eigendom, dien de Staat heeft van den grond, waarover bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren loopen, gaat niet verloren ingeval die stroomen of rivieren, onverschillig door welke oorzaak, ophouden aan hare openbare bestemming te voldoen.

Art. 647 B. W. steunt op het beginsel, dat de verlaten bedding aanvankelijk eigendom blijft van dengene, wien zij vroeger toebehoorde.

Begrip van loopend water (aquo profluens.)

De artt. 644 en volgende moeten geraadpleegd worden ter beslissing van de vraag of kan worden aangenomen, dat door natrekking eigendom is verkregen.

Tot analogische toepassing van art. 644 B. W. bestaat hier in geen geval grond, zoowel met het oog

op de feitelijke beslissing, als op hetgeen bij het door het bestreden arrest bevestigde vonnis te bewijzen is opgelegd.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

In een geding tusschen J. T. en T. v. O., als eischers van de erfgenamen van Jonkvrouwe M. v. V. als gedaagden, trad de Staat als tusschenkomende partij op en vorderde voor zich op den eigendom van eene strook grond, deel uitmakende van zeker perceel onder de gemeente Herten, bij de dagvaarding beschreven als de schuine kant eener geul, welke, zoowel ten Zuiden als ten Noorden, door twee in 1872 door den Staat kunstmatig aangelegde dammen van de rivier de Maas was afgesloten, in 1895 deels met teenen of wishout beplant en deels met water bedekt was en vóór de afdamming een arm der rivier de Maas had uitgemaakt. De Rechtbank te Roermond besliste bij vonnis van 29 Sept. 1898, dat als de Staat zal hebben bewezen, dat in 1872, vóór den aanleg der dammen, bedoeld perceel, met inbegrip van de zooeven gemelde strook grond, bij gewoon hoog water der rivier de Maas door water van voormelde rivierarm overstroomd werd, hij tevens zal hebben bewezen, dat hij alstoen, krachtens de artt. 577 en 646 B. W. daarvan eigenaar was, terwijl na den aanleg der dammen Jonkvrouwe M. v. V. en hare rechtverkrijgenden daar ter plaatse door aanspoeling geen eigendom konden verkrijgen, omdat die arm der rivier na den aanleg der dammen ophield te zijn loopend water, zelfs al liet een der dammen ook nog eenig water doorvloeien en al stroomde bij meer dan gewoon hoog water, het water der rivier over de dammen in de geul. Tevens werd door de Rechtbank uitgemaakt, dat op den Staat de be-

wijslast rustte van het door hem gevorderde eigendomsrecht, en dat eerst als deze zich daarvan had gekweten, de erfgenamen van Jonkvrouwe M. v. V. hun beter recht behoefden te bewijzen en zij tot die bewijslevering bij wijze van tegenbewijs van rechtswege gerechtigd waren." Op grond van deze beschouwingen liet de Rechtbank de Staat toe en gelastte zij dezen te bewijzen: 1e dat vóór het aanleggen der dammen, zich bevindende ten Noorden en ten Zuiden van gezegde diepte of geul, de grond van bedoeld perceel bij gewoon hoog water lag beneden de normale hoogwaterlijn der rivier de Maas in die diepte of geul en door water bestroomd werd; 2e dat vóór het aanleggen der sub 1o bedoelde dammen gemeld perceel voor een gedeelte, meer bepaald ter plaatse, waar zich bevindt de in de dagvaarding omschreven, met wishout beplante strook van dit perceel, is aangevuld en opgehoogd door grond, afgegraven van den Isabella Griend, en dat ten gevolge daarvan de grond van gemeld perceel of van gemelde strook vóór den aanleg der dammen niet meer beneden de normale hoogwaterlijn der rivier de Maas in voormelde diepte of geul en niet meer door water bestroomd werd.

De eischers kwamen van dat vonnis in hooger beroep, met geen ander gevolg evenwel dan dat het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch dit bevestigde. Zij hebben zich thans tegen 's Hofs arrest in cassatie voorzien en als 1e middel voorgesteld: »Schending en verkeerde toepassing van de artt. 577, 578, 639, 646, 651, Burg. Wetb., 199 Burg. Rechtsv., omdat, neemt men aan dat de Staatseigendom aan den rivier of den stroom, met toebehooren van bedding en oever bepaald wordt door het karakter van den publieken verkeersweg, als zoo-

danig, dan ook bij het wegvallen van dat karakter, de eigendom van den Staat wegvalt, en omdat in elk geval waar, gelijk het Hof aanneemt, de rivier uithoofde van afdamming niet meer bestaat, ook van het eigendom des Staats van den grond, waarover de rivier liep, geen sprake meer zijn kan, terwijl daartegen niet kan afdoen de omstandigheid, dat de Staat ex art. 578 vóór de afdamming eigenaar was tot aan de hoogwaterlijn, dewijl dat eigendom uit zijnen aard veranderlijk is en wijkt met het dalen dier lijn zelve".

Is het waar dat, gelijk in het middel beweerd wordt, bij de opheffing van het karakter van den publieke verkeersweg, de eigendom van den Staat t. a. eener rivier komt te vervallen? In den C. C. werd een onderscheid gemaakt tusschen de zaken, die beschouwd werden als „dépendance du domaine public" (art. 538) en die, welke *„appartiennent à l'Etat"* (art. 560)". Bij art. 577 van ons B. W. zijn beide categorien in een artikel opgenomen. Maar daaruit volgt nog niet dat het karakter dezer beide categorien door onzen wetgever is miskend. Zoo leerde ook de H. R. in zijn arrest van 29 Juni 1871 (N. Rspr. 98 § 31, bl. 251). Evenals de Fransche wetgever was ook de onze van oordeel, dat de Staat te zorgen heeft dat het publieke verkeer behoorlijk kan plaats hebben. Daarom worden dan ook èn naar art. 538 C. C. en naar ons art. 577 b. v. de bevaarbare en vlotbare rivieren geacht *jure publico* aan den Staat te behooren. Maar wat t. a. dier rivieren moet worden aangenomen, geldt b. v. niet voor de daarin opgekomen eilanden en platen. Deze toch hebben met het *openbaar gebruik* niets te maken. En dat ook *onze* wetgever dit aldus heeft ingezien, al heeft hij dienaangaande geene bijzondere wetsbepaling vastgesteld, overeenkomende met art. 560 C. C., blijkt duidelijk uit art. 645 B.

W. „Indien een stroom of eene rivier, door een nieuwen arm te maken, het aan den oever liggend land van eenen eigenaar doorsnijdt en tot een *eiland* maakt, *behoudt de eigenaar den eigendom* van zijn land, zelfs wanneer dat *eiland* zich in eenen stroom of in eene *bevaarbare* en *vlotbare* rivier gevormd had".

Verliest nu de Staat zijn eigendom t. a. eener bevaarbare en vlotbare rivier zoodra de openbare bestemming daarvan ophoudt te bestaan? Neen: het eenige gevolg van het ophouden dier openbare bestemming is dat de zaak, die tot nog toe *extra commercium* was, nu weder *in commercio* komt. Behalve het reeds aangehaalde arrest van 29 Juni 1871, ook nog dat van 6 Januari 1854 (v. d. Honert, B. R. XVIII bl. 27), in verband met de daaraan voorafgaande conclusie van het O. M.

Voor de hier behandelde rechtsstof, zij, buiten de reeds genoemde arresten, nog verwezen naar die van 26 Juni 1863 (N.Rspr. 74 bl. 215) en 31 October 1895 Ibid. 171, § 18).

Maar hoe wanneer, gelijk het Hof ten deze beslist, de bevaarbare en vlotbare rivier geen rivier meer is? Volgens den steller van het middel, verliest in dit geval de Staat zeer zeker zijn eigendomsrecht. Ik geloof het niet. Krachtens art. 646 B. W. brengt de eigendom van stroomen en rivieren den eigendom mede van den grond, waarover het water loopt.

De Staat is dus eigenaar van de bedding eener bevaarbare en vlotbare rivier. En nu is mij geene wetsbepaling bekend, waarbij aan den Staat, ingeval de rivier haar karakter verliest, zijn eigendomsrecht op de *bedding* ontnomen wordt. Alleen in het geval dat *de bedding verlaten wordt* (art. 647 B. W). heeft er eigendomsverandering plaats. Maar van eene *verlaten*

bedding is hier geen sprake. Er is hier alleen quaestie van *afdamming*. Het Hof zegt namelijk: „dat de *afgedamde* arm eener rivier, zooals de appellanten dien beschrijven. geen rivier meer is. En dat eene bijzondere bepaling voor de eigendomsverandering ingeval van verlaten bedding noodzakelijk was, leert DIEPHUIS Syst. VI bl. 75, waar wij lezen: „Maar de verlaten bedding zou, zoo niet anders was bepaald, nu ook het eigendom blijven van dengene, aan wien zij vroeger toebehoorde."

En wat eindelijk de slotwoorden van het middel betreft, zoo is m. i. te recht door den geëerden pleiter voor den Staat opgemerkt, dat het ten deze niet de vraag geldt waar de *grens* der rivier is, maar of de *bedding* der rivier ook nog na de afdamming, die haar het karakter van rivier ontnam, aan den Staat is blijven toebehooren.

Ik acht alzoo het 1e middel ongegrond.

Het 2e middel heet, „Schending en verkeerde toepassing van art. 651 Burgerlijk Wetboek en 199 Burgerlijke Rechtsvordering, omdat het Hof ten onrechte aan den afgedamden rivierarm der Maas, zelfs dan wanneer deze is, gelijk door eischers is gesteld en te bewijzen is aangeboden, en ten opzichte van welken het Hof zelf aanneemt, dat zijn geul herhaaldelijk volloopt, het karakter heeft ontzegd van een loopend water, in den zin van art. 651 Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan aldaar, volgens het Hof, van aanwas geen sprake zou kunnen zijn, terwijl het beroep op aanwas ook geenszins en in elk geval slechts in qeucontum pro zou kunnen worden gestuit door de omstandigheid, dat voor den aanleg der dammen de opgevorderde grond is aangevuld en opgehoogd."

Het komt hier aan op de 1e alinea van art. 651 B. W., aldus luidende: „De aanslijkingen en aanwassen, welke natuurlijk, langzamerhand en ongemerkt,

aan de landen, bij *een loopend water* gelegen, aangroeijen, worden *aanspoelingen* genoemd.

Zal er dus sprake kunnen zijn van *aanspoeling*, zoo moet er zijn, „een *loopend* water". Nu wordt t. a. van het water in quaestie door het Hof *feitelijk* uitgemaakt, dat het is water „dat" bij normalen hoog waterstand steeds door den bovensten dam in zijn loop gestremd [wordt]". Aan zulk een water nu ontzegt, m. i. terecht, het Hof de eigenschap van „*loopend* water". En even juist is, naar het mij voorkomt, de begripsbepaling, die door het Hof aan „*loopend* water" wordt gegeven: „dat toch het *loopend* water — aqua profluens — is water, dat *steeds in beweging* is, en waarvan de massa zich *voortdurend* verplaatst". In art. 556 C. C. werd de aanspoeling beperkt tot de oeverlanden van een *stroom* of eene *rivier*. Onze bepaling is veel ruimer. Zij omvat ook beken en kanalen (Cf. DIEPHUIS, Syst. VI bl. 59 vlg.), maar altijd zal het daarin aanwezige water „*loopend*" moeten zijn, of, zooals de Fransche tekst van art. 691 wetboek van 1830 het uitdrukt, „une eau *courante*", d. i., naar het taaleigen, een water, dat niet slechts in *beweging*, maar ook in *voortdurende* beweging is. En uit de *feitelijke* beslissing van het Hof blijkt, dat het water, waarvan hier sprake is, deze eigenschap ten eenenmale mist.

Wat eindelijk de slotbemerking van het middel betreft, zoo is het, dunkt mij, duidelijk, dat wanneer het waar is, dat de aard van het water ten deze de mogelijkheid van *aanspoeling*, in den zin der wet, uitsluit, het geheel onverschillig is of er al dan niet aanvulling of ophooging heeft plaats gehad.

Ook met dit 2e middel kon ik mij derhalve niet vereenigen.

Als 3e en laatste middel is nog voorgesteld: Schen- „ding en verkeerde toepassing van de artikelen 639 en 643 Burgerlijk Wetboek, in verband met art. 13 Algemeene bepalingen van Wetgeving, omdat het Hof de verkrijging door natrekking jure nostro geoordeeld heeft door artikel 643 Burgerlijk Wetboek beperkt te zijn tot de juiste gevallen, in de volgende artikelen omschreven, en op dien grond analogische toepassing van het aan artikel 644 ten grondslag liggend beginsel op het geval van een vak of arm, die opgehouden heeft rivier te zijn, zooals het Hof ten deze aanneemt, of andere uitwerking van de eigendomsverkrijging door natrekking buitengesloten acht".

Niettegenstaande de vrij duidelijke bewoordingen van art. 643 B. W. is derhalve de steller van het middel de meening toegedaan, dat de gevallen van natrekking, n art. 644 volgens besproken, niet als *limitatief*, doch slechts als *enuntiatief* moeten worden beschouwd.

Wanneer echter—zooals ik meen dat het geval is — 's Hofs *beslissing* ten deze juist is, dan doet het er niets toe of zijne opvatting t. a. der *limitatieve* beteekenis van de bedoelde artikelen al of niet moet worden goedgekeurd. Hoe men zich hier op *analogie* beroepen kan, is voor mij duister.

Men wenscht de toepassing van art. 644 B. W. Maar dáár is sprake van eilanden en platen in onbevaarbare en onvlotbare rivieren. Ter bedoelde plaatse echter was de Maas — eene bevaarbare en vlotbare rivier — naar 's Hofs beslissing, zoodanig afgedamd, dat zij geen rivier meer was. Aan natrekking ingevolge *dit* artikel kon dus niet wel worden gedacht. En andere artikelen, natrekking betreffende die ten onrechte door het Hof zouden zijn voorbijgezien, worden in het middel niet aangehaald.

Naar mijn gevoelen, is dus ook dit middel ongegrond, weshalve ik de eer heb te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten.

Arrest H. R. van 8 Febr. 1901:

De Hooge Raad der Nederlanden,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. Gregory, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat als middelen van cassatie tegen het den 19 Dec. 1899 tusschen partijen gewezen arrest van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch zijn aangevoerd:

I. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 577, 578, 639, 646, 651 B. W., 199 W. v. B. R., omdat, neemt men aan dat de Staatseigendom aan de rivier of den stroom met toebehooren van bedding en oever bepaald wordt door het karakter van den publieken verkeersweg als zoodanig, dan ook bij het wegvallen van dat karakter de eigendom van den Staat wegvalt en omdat in elk geval waar, gelijk het Hof aanneemt, de rivier uit hoofde van afdamming niet meer bestaat ook van het eigendom des Staats aan grond, waarover de rivier liep geen sprake meer zijn kan, terwijl daartegen niet kan afdoen de omstandigheid, dat de Staat ex art. 578 vóór de afdamming eigenaar was tot aan de hoogwaterlijn, dewijl dat eigendom uit zijnen aard veranderlijk is en wijkt met het dalen dier lijn zelve;

II. Schending en verkeerde toepassing van art. 651 B. W. en art. 199 W. v. B. R., omdat het Hof ten onrechte aan den afgedamden rivierarm der Maas,

zelfs dan wanneer deze is, gelijk door eischers is gesteld en te bewijzen is aangeboden en ten opzichte van welken het Hof zelf aanneemt, dat zijn geul herhaaldelijk volloopt, het karakter heeft ontzegd van een loopend water in den zin van art. 651 B. W., op grond waarvan aldaar volgens het Hof van aanwas geen sprake zou kunnen zijn, terwijl het beroep op aanwas ook geenzins en in elk geval slechts in quantum pro zou kunnen worden gestuit door de omstandigheid, dat vóór den aanleg der dammen de opgevorderde grond is aangevuld en opgehoogd;

III. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 639 en 643 B. W. in verband met art. 13 der Wet houdende Alg. Bepp. van wetgeving voor het Koninkrijk, omdat het Hof de verkrijging door natrekking jure nostro geoordeeld heeft door art. 643 B. W. beperkt te zijn tot de juiste gevallen in de volgende artikelen omschreven en op dien grond analogische toepassing van het aan art. 644 ten grondslag liggend beginsel op het geval van een vak of arm, die opgehouden heeft rivier te zijn, zooals het Hof ten deze aanneemt, of andere uitwerking van de eigendomsverkrijging door natrekking buitengesloten acht;

O., dat bij het bestreden arrest bevestigd is een vonnis van de Arr. Rechtbank te Roermond van 29 Sept. 1898, waarbij de 1e verweerder in cassatie, intervenient in het geding tusschen de tegenwoordige eischers in cassatie en de medeverweerders, en eischer tot revindicatie van na te noemen onroerend goed, toegelaten werd, en aan hem voor zooveel noodig bevolen werd door getuigen te bewijzen:

1e dat vóór het aanleggen der dammen, zich bevindende ten noorden en ten zuiden van de in het procés verbaal van gerechtelijke plaatsopneming bedoelde diepte

of geul, de grond van het ten processe bedoelde perceel sectie A N°. 506 der gemeente Herten bij gewoon hoogwater lag beneden de normale hoogwaterlijn der rivier de Maas in die diepte of geul en door water bestroomd werd;

2e dat vóór het aanleggen der sub 1e bedoelde dammen gemeld perceel sectie A n°. 506 voor een gedeelte, meer bepaald ter plaatse, waar zich bevindt de in de oorspronkelijke dagvaarding omschreven, met wishout beplante strook van dit perceel,is aangevuld en opgehoogd door grond, afgegraven van den Isabella Grient, ter plaatse in het proces-verbaal van plaatsopneming aangegeven, en dat ten gevolge daarvan de grond van vermeld perceel of van gemelde strook vóór den aanleg der dammen bij gewoon hoog water niet meer lag beneden de normale hoogwaterlijn der rivier de Maas in voormelde diepte of geul en niet meer door water bestroomd werd;

O., dat blijkens genoemd vonnis door de gehouden gerechtelijke plaatsopneming is gebleken: „dat voor- „bedoeld perceel sectie A n°. 506, waarvan deel maakt „voorzegde kwestieuze strook, welke strook in de oor- „spronkelijke dagvaarding is omschreven als te zijn, „de schuine kant eener geul, grenzende aan de eigen- „dommen van wijlen Jonkvr. M. E. C. M v. „V. auteur der oorspronkelijke gedaagden, is een „gedeelte eener diepte of geul, welke zoowel ten „zuiden of bovenwaarts, als ten noorden of bene- „denwaarts door een kunstmatig aangelegden dam is „afgesloten van de rivier de Maas; dat die diepte of „geul welke bij de plaatsopneming deels met teenen „of wishout beplant was, deels water was, vóór he „aanleggen der dammen in verbinding heeft gestaan

„met de rivier de Maas, het water dier rivier heeft „afgevoerd en een arm dier rivier is geweest";

O., dat wijders in dit vonnis is beslist: „dat al kan „worden aangenomen, dat door gemelde plaatsopne- „ming voldoende is gestaafd, dat die diepte of geul „in 1872,in welk jaar, zooals ten processe vaststaat, voor- „bedoelde dammen door of op last van den intervenient „zijn gemaakt of daargesteld — vóór het aanleggen „der dammen, althans voor een groot gedeelte was een „arm der rivier de Maas, daardoor echter nog niet is „bewezen, dat, zooals de intervenient beweert, het „geheele voorbedoelde perceel sectie A n°. 506 met „en benevens de vooromschreven strook een deel van „dien arm was, dat wil zeggen, dat in 1872 de grond „van dit perceel met die strook, bij gewoon hoog „water, lag beneden de normale hoogwaterlijn en door „water van den arm dier rivier bestroomd werd; dat „wanneer de intervenient zal hebben bewezen, dat in „1872, vóór den aanleg der dammen, voormeld perceel „sectie A n°. 506 met inbegrip der kwestieuze ten „processe bedoelde strook bij gewoon hoogwater der „rivier de Maas door water van voorbedoelden rivier- „arm bestroomd werd, hij tevens zal hebben bewezen, „dat hij alstoen naar luid der artt. 577 en 646 B. W. „was eigenaar daarvan, terwijl na den aanleg der „dammen de oorspronkelijke gedaagden daar ter plaatse „door aanspoeling geen eigendom konden verkrijgen, „omdat die arm der rivier na den aanleg der dammen „ophield te zijn loopend water, zelfs al liet een der dam- „men ook nog eenig water doorvloeien en al stroomde bij „meer dan gewoon hoog water het water der rivier over „de dammen in de voorbedoelde geul of diepte";

O. nu wat betreft het eerste middel van cassatie: dat het Hof de hierbij voorgedragen stelling: „dat

„de opheffing der publieke bestemming den eigendom „van de oude bedding van den vorengenoemden rivier- „arm voor den Staat doet verloren gaan", heeft verworpen op grond: „dat blijkens de geschiedenis van „het Burg. Wetb. (VOORDUIN III, blz. 340) de wetgever „zooveel mogelijk wilde optellen de zaken, welke in „eigendom aan den Staat toebehooren en dat dan ook „de artt. 576, 577, 579, 580 en 581 B. W. eene „menigte zaken opnoemen, waarvan art. 577 B. W. „zegt, dat zij eigendom van den Staat zijn, zonder te „onderscheiden tusschen tweeërlei soort van eigendom; „dat hieruit volgt, dat de publieke bestemming van „sommige van die zaken vervalt, ten behoeve van het „alsdan overblijvende privaat eigendomsrecht van den „Staat op die zaken, de hierboven genoemde artikelen „een vermoeden aan de hand doen, waartegen bijzon- „dere personen wèl kunnen opkomen op grond van de „slotbepaling van art. 577 B. W., maar dat in dat „geval, hetgeen ten deze nog niet is geschied — het „bewijs van hun beter recht door hen moet worden „geleverd; dat alzoo de opheffing der publieke be- „stemming den eigendom van de oude bedding van „den hiervorenbedoelden rivierarm voor den Staat niet „doet verloren gaan";

O., dat door deze beslissing geen der in het middel aangehaalde artikelen verkeerd toegepast of geschonden is;

dat toch uit geen van die artikelen afgeleid moet worden, veel minder blijkt dat de eigendom, dien de Staat heeft van den grond, waarover bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren loopen, zou verloren gaan ingeval die stroomen of rivieren, onverschillig door welke oorzaak, ophouden aan hare openbare bestemming te voldoen;

dat integendeel volgens art. 577 B. W. aan den

Staat behooren o. m. de bevaarbare stroomen en rivieren met hunne oevers en art. 646 B. W. buiten twijfel stelt, dat die eigendom medebrengt den eigendom van den grond, waarover het water loopt;

dat art. 577 B. W. ook bij de veranderingen, die deze grond door de werking der natuur kan ondergaan, zoodat zij zich tot groote of kleine eilanden en platen ontwikkelt, het eigendomsrecht van den Staat aan die met de bedding één geheel vormende deelen uitdrukkelijk erkent;

dat de bij het middel bedoelde stelling, ver van daarin steun te vinden, weersproken wordt door de bepaling van art. 647 B. W., volgens welke, eigenaars van gronden, door een stroom of rivier ingenomen bij het aannemen van een nieuwen loop en het verlaten van de oude bedding, deze verlaten bedding in bezit nemen om zich schadeloos te stellen, een iegelijk naar evenredigheid van den grond, die hij verloren heeft;

dat toch deze bepaling billijkheidshalve gegeven, steunt op het beginsel, dat de verlatene bedding aanvankelijk eigendom blijft van dengene aan wien zij vroeger toebehoorde;

dat de bepaling van art. 647 B. W. dan ook noodig was ter bereiking van het doel, de benadeelden zooveel mogelijk schadeloos te stellen, daar zonder haar bij bevaarbare en vlotbare rivieren, die haar bedding verlaten, die verlaten bedding zou blijven toebehooren aan den Staat;

O., dat de opheffing van een publieken verkeersweg, wanneer deze het gevolg is van afdamming van een arm, zooals hier het geval is, aan het boven overwogene geen afbreuk kan doen, omdat zoodanige handeling geenszins is in strijd met het begrip van den eigendom, dien de Staat van den verkeersweg heeft;

terwijl deze uitoefening van het eigendomsrecht geen verlies van dat recht ten gevolge kan hebben;

O. ten aanzien van het tweede middel van cassatie:

dat bij het arrest een beroep van eigendomsverkrijging door aanspoeling, door de eischers in cassatie gedaan, is verworpen op grond, dat het Hof met de Rechtbank, die zooals hiervoren gezegd is, haar oordeel vestigde na eene gerechtelijke plaatsopneming, van oordeel is, dat het water in den afgedamden rivierarm niet gehouden kan worden voor loopend water;

dat toch, zooals het Hof overweegt, „loopend water „— aqua profluens — is water dat steeds in beweging „is en waarvan de massa zich voortdurend verplaatst, „en aan die beschrijving het bij normale hoogwater„stand steeds door den bovensten dam in zijn loop „gestremd water, niet beantwoordt";

O., dat door de beslissingen van Hof en Rechtbank in haren samenhang beschouwd, art. 651 B. W. niet verkeerd toegepast of geschonden kan zijn;

dat toch bij den feitelijken toestand van het gevindiceerd perceel, zooals deze bij de gerechtelijke plaatsopneming is geconstateerd en als ten processe vaststaande moet worden aangenomen, te recht elke gedachte aan loopend water, dat is water, dat zich onder normale omstandigheden voortdurend verplaatst, buitengesloten is, ook al moge onder buitengewone omstandigheden, zooals door eischers zonder tegenspraak beweerd is, de geul volloopen; dat als gevolg van de beslissing, dat het water in den afgedamden rivierarm niet als loopend water aan te merken is, eigendomsverkrijging door de oevereigenaren door aanspoeling krachtens art. 651 niet kan worden aangenomen;

O. betrekkelijk het derde middel van cassatie, dat het

Hof beslist heeft, dat van eene analogische toepassing van eigendomsverkrijging door natrekking op deze zaak de rede niet mag zijn: „omdat art. 643 B. W. „uitdrukkelijk bepaalt, dat de eigendom van zaken door „natrekking verkregen wordt, volgens de regelen bij „de volgende artikelen vastgesteld, en hiervan het ge„volg is, dat men de aanspoeling niet verder mag „uitbreiden dan de wet dit gedoogt en onder de ge„vallen van de artt. 651 en 652 B. W. gevallen „brengen, waarop die artikelen geen betrekking heb„ben; dat ook art. 644 B. W. hier niet van toepas„sing is, daar de afgedamde arm eener rivier, zooals „de appelanten dien beschrijven, geen rivier meer is „en dus niet onder de onbevaarbare en onvlotbare rivie„ren kan worden gerangschikt";

O., dat ook door deze beslissing de in het middel aangehaalde artikelen niet verkeerd toegepast of geschonden zijn, daar inderdaad de artt. 644 en volgende B. W. geraadpleegd moeten worden ter beslissing van de vraag of kan worden aangenomen dat door natrekking eigendom verkregen is;

dat daargelaten of door den rechter eene analogische interpretatie aan art. 644 B. W. gegeven kon worden, van zoodanige interpretatie ten voordeele van eischers in cassatie geen sprake kon zijn, zoowel omdat door het Hof feitelijk is beslist, dat de in geschil zijnde strook volstrekt geen rivier, maar een afgesloten rivierarm is, als omdat, indien bewezen wordt wat te bewijzen is opgelegd, o. m., zal blijken, dat die strook niets heeft van een door aanslijking droog geworden plaats, maar een door menschenarbeid droog gelegd stuk grond is;

O., dat mitsdien de voorgedragen middelen niet kunnen leiden tot cassatie van het bestreden arrest;

Verwerpt het beroep;
Veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen.

§ 34.

VERORDENING OP HET HEFFEN VAN BRUGGELD TE VENLO. — RETRIBUTIE. — OPENBARE GEMEENTE-INRICHTING.

Tot het wezen eener openbare inrichting in den zin van art. 238 Gem. wet wordt niet vereischt, dat zij in eigendom behoort aan de gemeente.

Het is tot het aannemen van zoodanige openbare gemeente-inrichting voldoende, dat zij, ofschoon van oorsprong een rijkswerk en rijkseigendom gebleven, in gebruik en beheer is bij de gemeente en door haar ten dienste van het openbaar verkeer bestemd wordt.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Hoewel het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Roermond, waartegen deze voorziening is gericht, gewezen is overeenkomstig de conclusiën van den heer Officier van justitie bij die Rechtbank, heeft deze zich daartegen niettemin in cassasie voorzien, omdat de groote beteekenis, die de in deze te vallen eindbeslissing zal hebben voor de verhouding tusschen den Staat en de gemeente Venlo het wenschelijk doet zijn, dat door het hoogste Rechtscollege in den lande uitspraak worde gedaan over de al of niet bindende kracht der Verordeningen tot heffing en invordering van bruggeld voor het gebruik van de brug voor gewoon verkeer over de Maas te Venlo, door den Raad dier gemeente vastgesteld bij raadsbesluit van 11 Jan. 1897 en voor zooveel de verordening op de heffing betreft, goedgekeurd bij konink-

lijk Besluit van 7 Juli 1897 No. 44 onder aanhaling der Verordening op de invordering.

Als middel van cassatie wordt mitsdien door den heer requirant voorgesteld:

Verkeerde toepassing van art. 216 Wetb. van Strafv. en schending door niet toepassing van art. 238 der Gemeentewet, alsmede van de artt. 1 en 2 der zooeven genoemde Verordening op de heffing en der artt. 1 en 4 van de verordening op de invordering van rechten voor het gebruik der brug voor gewoon verkeer over de rivier de Maas te Venlo.

Bij de bespreking van dit middel meen ik mij te mogen onthouden van beschouwingen over de vele procedures, waartoe de ook voor het gewoon verkeer ingerichte door het Rijk in 1866 gebouwde spoorwegbrug over de Maas te Venlo reeds aanleiding heeft gegeven, waartoe ook betrekking hebben uwe arresten van 27 Dec. 1875, W. 3947 en van 7 Dec. 1876, W. 4048; — omdat naar mijne overtuiging het antwoord op de vraag, die dit geding beheerscht, niet te inden is in de onderhandelingen in vroeger jaren gevoerd tusschen den Staat en de gemeente Venlo en evenmin in de vroeger gevoerde rechtsgedingen, doch te zoeken is in den uitleg, die, onafhankelijkvan dit alles, te geven is aan art. 238 jcto 240 der Gemeentewet

Op art. 238 der Gemeentewet steunt de in deze buiten toepassing gelaten en onverbindend verklaarde verordening en de „cardo quaestionis", ontdaan van alle de aandacht noodeloos afleidende nevenomstan„digheden is in dit geding: „of artikel 238 jcto 240 „der Gemeentewet al dan niet aan den Raad der „gemeente Venlo de bevoegdheid verleent, die dat „College gemeend heeft daaraan te kunnen ontleenen".

De bevoegdheid der Gemeentebesturen tot het heffen

van belastingen vloeit volgens ons bestaand Staatsrecht voort uit art. 147 der Grondwet.

Het recht tot belastingheffing is daarbij echter niet onbeperkt verleend, doch gebonden aan regelen bij de wet te geven.

Die regelen zijn gesteld bij art. 240 der Gemeentewet, waarbij de grenzen zijn getrokken van het gebied, waarop de gemeentelijke belastingverordeningen zich mogen bewegen.

Tot het heffen van andere belastingen, dan de dáár genoemde zijn de Gemeentebesturen absoluut onbevoegd, behoudens de bij art. 255 toegelaten uitzonderingen.

Onder de belastingen, die de Gemeentebesturen mogen heffen, behooren volgens art. 240 der Gemeentewet, zooals dit thans luidt sedert de daarin bij de wetten van 24 Mei 1897, Stb. 156 en 21 Sept. 1900, Stb. 164 gebrachte wijzingen, ook de rechten, loonen en andere gelden bedoeld bij art. 238 der Gemeentewet.

Welke gelden, rechten en loonen bij dat artikel bedoeld zijn, blijkt zoowel uit de in dat artikel opgenomen enumeratie, die eindigt met de formule, dat daaronder voorts nog begrepen zijn alle rechten en andere gelden geheven voor het gebruik of genot van openbare gemeentewerken, bezittingen of inrichtingen en uit art. 254 der Gemeentewet, dat duidelijk te verstaan geeft, dat hier gedacht is aan werken, bezittingen of inrichtingen aangelegd, onderhouden of verstrekt door de gemeente.

Wat in den zin der Gemeentewet te verstaan is onder gemeentewerken, gemeente-eigendommen of bezittingen en gemeente-inrichtingen leeren de artt. 229 — 231, die te zamen den vijfden titel der Gemeentewet vormen.

Uit die artikelen blijkt volgens den hoogleeraar

Mr. J. Oppenheim (zie Mr. Oppenheim, Het Nederlandsch Gemeenterecht, 1895 bl. 368 en volgende) aan wiens zijde ik mij gaarne schaar, dat daaronder behooren allereerst die eigendommen, werken en inrichtingen die de gemeente jure privato bezit en ten tweede alle openbare werken en inrichtingen, die, omdat ze ten nutte van allen bestemd zijn, buiten den handel zijn en onder het publiekrechtelijk beheer der gemeente staan, onafhankelijk van de vraag, wie daarvan eigenaar is, of wie in het onderhoud daarvan heeft voorzien.

Deze voor den openbaren dienst bestemde inrichtingen en werken kunnen, gelijk artikel 230 der Gemeentewet bepaalt, niet weder in den handel gebracht en aan het publiekrechtelijk beheer der gemeente onttrokken worden, dan nadat de Raad der gemeente, handelende als het bij artikel 143 der Grondwet aangewezen hoofd der Gemeente, den daarop rustende openbaren last zal hebben opgeheven door de bij Raadsbesluit te geven verklaring, dat die werken of inrichtingen niet meer bestemd zijn: „ter openbare dienst".

Ik breng dit alles in herinnering omdat ik juist in die bepaling van artikel 230 der Gemeentewet den toetssteen zie, die in het onderhavige geval behoort te worden aangelegd ter beslissing van de vraag, of de door het Rijk gebouwde, alleen in onderhoud aan de gemeente overgedragen spoorbrug al dan niet is te beschouwen als een gemeentewerk of gemeente-inrichting voor het gebruik, waarvan de gemeente bij wege van belasting rechten mag heffen.

Wanneer ik nu, met dien toetssteen gewapend naga, wat uit de in het aangevallen vonnis opgenomen bepaling der overeenkomst van 11 Mei 1898 blijkt omtrent den rechtstoestand, waarin de meerbedoelde

brug zich feitelijk bevindt, dan constateer ik allereerst, dat de brug is onbetwist *rijkseigendom.*

De brug is door het Rijk gebouwd ten dienste van den spoorweg, het is dus een *Rijkswerk*, dat zijn karakter als zóódanig niet heeft kunnen verliezen doordat de gemeente Venlo zich in 1866 verbonden heeft *f* 41000.— in de kosten van aanleg bij te dragen, indien voor het gewoon verkeer de gelegenheid werd geopend, ook van die brug gebruik te maken.

Eene bijdrage, die dank zij eene destijds aan de gemeente Venlo verleende concessie tot heffing van bruggeld ten slotte niet door de gemeente is betaald, doch door hen die van de brug voor het gewone verkeer hebben gebruik gemaakt.

Evenmin heeft die brug het karakter van *rijkswerk* verloren, doordat daarnaast in 1886 een nieuwe spoorbrug is gebouwd, bij welke gelegenheid de oude in 1866 gestichte spoorbrug nagenoeg geheel is ingericht voor het gewone verkeer.

Dit geschiedde weliswaar ook toen, nadat de gemeente Venlo zich had verbonden *f* 25000.— in de kosten van verandering bij te dragen, doch die beloofde tot heden nog niet ten volle betaalde bijdrage, gaf de gemeente geen medezeggenschap over de aan het Rijk toebehoorende brug.

Hadde de Minister daartoe door de wet gemachtigd destijds de brug met al hare lusten en lasten, ten bate van het algemeen aan de gemeente Venlo overgedragen, dan zou de brug inderdaad een gemeentewerk zijn geworden, onverschillig of die overdracht, om *niet* of onder een *bezwarenden* titel hadde plaats gehad.

Doch dan zoude de brug ook verder onder het bereik van artikel 230 der Gemeentewet zijn gevallen;

dat wil zeggen, ze zou zonder voorafgaand raadsbesluit niet weder aan hare bestemming om ten nutte van allen te dienen, kunnen zijn onttrokken.

Blijkens de tusschen den Staat en de gemeente Venlo gesloten overeenkomst van 11 Mei 1898, waarvan de hoofdbepalingen in het aangevallen vonnis zijn opgenomen, heeft men dergelijke overdracht van de brug echter in het geheel niet gewild.

Dit blijkt zoowel uit het niet inroepen der voor dat geval onmisbare medewerking der wetgevende macht, als uit de bepaling, dat het onderhoud steeds zal moeten geschieden ten genoege van den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid onder toezicht van door dezen aan te wijzen ambtenaren, maar het blijkt nog bovendien en *vóóral* uit de met artikel 230 der Gemeentewet volkomen onvereenigbare bepaling, dat de Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid ten allen tijde bevoegd is de brug met haar toebehooren aan hare *tijdelijke* bestemming, om te dienen voor het gewone verkeer, te onttrekken.

Indien de brug werkelijk was te beschouwen als een gemeentewerk of gemeente-inrichting, zou deze laatste bepaling onbestaanbaar zijn met de wet, die uitsluitend aan den Raad het oordeel heeft voorbehouden over de vraag, of eenig *werk, eigendom* of *inrichting der gemeente* zal ophouden ter openbare dienst bestemd te zijn.

Op dezen m. i. afdoenden grond acht ik, dat de onderhavige gemeenteverordeningen te recht door de Arrondissements-Rechtbank te Roermond onverbindend zijn verklaard.

Aan den Gemeentewetgever komt het niet toe rechten te helfen voor het gebruik van Rijkswerken.

Artikel 174 der Grondwet heeft de bevoegdheid

daartoe uitdrukkelijk aan de wetgevende macht of in bijzondere gevallen aan den koning voorbehouden.

Hoewel door andere motieven geleid, kom ik alzoo tot dezelfde slotsom als de Rechtbank, en ben ik mitsdien van oordeel, dat door het dictum der Rechtbank, waarbij de beklaagde is ontslagen van alle rechtsvervolging, noch artikel 216 van het Wetboek van Strafvordering verkeerd is toegepast, noch artikel 238 of de artikelen der verordening in het middel genoemd door niet toepassing zijn geschonden.

Mijne conclusie strekt derhalve tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 11 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Off. v. Just. bij de Arr.-Rechtb. te Roermond, req. van cassatie tegen een vonnis van voormelde Rechtbank van den 20 Oct. 1900, waarbij J. M. M., oud 39 jaar, koetsier, geboren te Horst, wonende te Blerick, gemeente Maasbree, is ontslagen van alle rechtsvervolging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. van Teijlingen.

Gelet op het middel van cassatie, door den req. voorgesteld bij memorie:

Verkeerde toepassing van art. 216 Wetb. v. Strafv. en schending door niet-toepassing van art. 238 der Gemeentewet, alsmede van de artt. 1 en 2 der Verord. van de gemeente Venlo van den 11en Jan. 1897, goedgekeurd bij K. B. van den 7en Juli 1898 no 44. en de artt. 1 en 4 van de Verord. op de invordering van rechten voor het gebruik der brug voor gewoon verkeer over de rivier de Maas te Venlo;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. Rethaan Macaré, na-

mens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende tot enz;

Overwegende, dat de gerequireerde voor de Arr.-Rechtbank te Roermond heeft terecht gestaan, bekaagd „dat hij op 19 Jan. 1900 te Venlo, toen hij gebruik „maakte van de brug voor gewoon verkeer over de „Maas, welke brug, hoewel toebehoorende aan den „Staat, in beheer en onderhoud, genot en gebruik aan „de gemeente Venlo is overgedragen, door daarover „in de richting van Venlo naar Blerick te rijden met „een rijtuig met vier wielen, bespannen met een door „hem bestuurd paard, desgevorderd geweigerd heeft „het verschuldigde bruggeld ten bedrage van 12 cen-„ten aan den bij de brug aanwezigen en dienstdoenden bruggeldgaarder G. T. te voldoen";

O., dat de Rechtbank, deze feiten bewezen verklarende, met uitzondering dat de brug ook *in genot* aan de gemeente Venlo zou zijn overgedragen, den gerequireerde van alle rechtsvervolging heeft ontslagen op grond, dat de Raad der gemeente Venlo niet bevoegd was eene verordening vast te stellen tot heffing van belasting voor het gebruik van bedoelde brug en die verordening derhalve bindende kracht mist, welke beslissing op de navolgende overweging berust:

„dat, daargelaten de vraag of onder gemeentelijke „wegen, bruggen of ander openbare gemeentewerken „of inrichtingen moeten verstaan worden wegen, brug-„gen, werken of inrichtingen aan de gemeente in eigen-„dom toebehoorende, in ieder geval een vereischte „is, zal de gemeente bevoegd zijn rechten voor he „genot of gebruik van die zaken te heffen, dat die „wngen, bruggen, werken inrichtigen behooren tot „de huishouding der Gemeente, terwijl uit de bepalingen

„van (in het vonnis) voormelde overeenkomst, speci-„aal uit die sub *b*, *c*, *d* en *e* genoemd, blijkt, dat „dit met de brug voor gewoon verkeer over de Maas „te Venlo, niet het geval is, daar het onderhoud van „de brug geschiedt onder contrôle van den Staat, „van de opbrengsten verantwoording moet worden ge-„daan aan een rijksambtenaar, die opbrengsten niet „strekken tot dekking van plaatselijke uitgaven en de „Minister van W. H. en N. de brug ten allen tijde aan „hare tijdelijke bestemming kan onttrekken";

O., dat het voorgestelde middel tegen deze overweging en de daaruit voortgevloeide beslissing is gericht en ter ondersteuning daarvan betoogd wordt, dat doordien de Staat zijne brug geheel — én wat onderhoud én wat gebruik betreft — aan de gemeente Venlo heeft overgedragen, die brug daardoor jure publico een gemeentewerk of gemeenteinrichting is geworden en dat voor het gebruik van een dergelijk werk de Gemeente, krachtens art. 238 der Gemeentewet, bevoegd is eene retributie, gelijkstaande met eene plaatselijke belasting, te heffen, terwijl daarnevens nog wordt aangevoerd, dat de vraag, of de brug al dan niet een gemeentewerk of inrichting is, niet mag beslist worden uit bijzondere bepalingen voorkomende in een tusschen het Rijk en de gemeente Venlo gesloten contract, en dat art. 238 der Gemeentewet volstrekt niet bedoelt, dat hetgeen, daaronder gemeentewerk of inrichting wordt aangegeven, ook privaatrechtelijk *eigendom* der Gemeente moet zijn;

O. ten aanzien van dit laatste, dat de Rechtbank wel verre van hare beslissing te gronden op de stelling, dat een gemeentewerk of inrichting noodzakelijk een gemeente-eigendom moet zijn, dit punt uitdrukkelijk in het midden heeft gelaten, zoodat de bij het middel

beweerde wetschennis onmogelijk daarin kan bestaan, dat het vonnis op dien grondslag rust;

O., dat de bepalingen der overeenkomst tusschen het Rijk en de Gemeente, op welke het vonnis zich beroept, voor laatstgemelde den grondslag uitmaken van de rechten die zij heeft ten aanzien van een werk, dat tijdens die overeenkomst behoorde en nog heden toebehoort aan het Rijk;

dat daarom de vraag of, onder de door die overeenkomst geschapen rechtsverhouding, deze brug kan gelden als een openbaar *gemeente*werk of inrichting, voor het gebruik of genot, waarvan overeenkomstig art. 238 der Gemeentewet eene heffing in naam der Gemeente rechtsgeldig kan geschieden, ongetwijfeld ook naar de bepalingen van die overeenkomst mag beoordeeld worden;

Overwegende ten opzichte van deze vraag, dat de zorg voor het openbaar verkeer is een gemeentelijk belang, hetwelk de Gemeente mag bevorderen door middel van verkeersmiddelen of inrichtingen, hetzij deze het verkeer binnen de Gemeente dienen, hetzij ze strekken om het verkeer tusschen het gemeentegrondgebied en den omtrek daarvan te onderhouden;

dat tot uitoefening dezer bevoegdheid niet vereischt wordt, dat die inrichtingen worden gesticht door de Gemeente en haar eigendom zijn, maar zij de verzekering van het verkeer ook kan ter hand nemen door, ten dienste daarvan, inrichtingen aan anderen toebehoorende in beheer en gebruik te nemen en die voor het verkeer open te stellen; dat wanneer de Gemeente, ten einde zulk eene inrichting ten volle te doen beantwoorden aan dit gemeentelijk belang, gelden besteedt of schulden aangaat ten behoeve van de bruikbaarmaking, en het onderhoud, zoolang het ge-

bruik aan haar blijft afgestaan, voor hare rekening neemt, aan zoodanige in beheer en gebruik aan de Gemeente overgedragen inrichting, zoolang zij voor het openbaar verkeer is opengesteld, het karakter van openbare gemeenteinrichting niet kan worden ontzegd; dat zij, als zoodanig, dan ook zoolang een onderdeel van de gemeentelijke huishouding uitmaakt;

dat, vermits blijkens de feitelijke beslissingen der Rechtbank de vorenstaande beschouwingen van toepassing zijn op de onderwerpelijke brug, die brug, ofschoon van oorsprong een Rijkswerk en Rijkseigendom gebleven, op dit oogenblik moet worden aangemerkt als eene openbare gemeenteinrichting, en hiertegen ook niet afdoet, dat de eigenaar van het werk dit elk oogenblik van de Gemeente kan terugvorderen, vermits deze bevoegdheid niet wegneemt dat, *zoolang* het werk niet is teruggenomen maar in gebruik en beheer bij de Gemeente verblijft en door haar ten dienste van het verkeer blijft gesteld, daarop rust een *openbare last* en dientengevolge dit werk het karakter van eene *openbare* inrichting behoudt;

dat krachtens de Gemeentewet de Gemeente voor het in voege voorschreven door haar verschaft verkeer eene retributie kan vorderen en deze, in naam der Gemeente gevorderd voor het gebruik van eene openbare gemeenteinrichting, naar art. 238 in verband met art. 240*f* der Gemeentewet wordt gehouden voor eene plaatselijke belasting, weshalve de Gemeente bevoegd is zulk eene heffing vast te stellen en hare invordering te regelen bij wege van belastingverordening;

dat ten aanzien van de wijze, waarop de Verordeningen op het heffen van bruggeld en de invordering daarvan te Venlo zijn tot stand gebracht, niet is beweerd of gebleken dat dit geschied is in strijd met

de wet, dus ook uit dien hoofde deze verordeningen niet onverbindend kunnen geacht worden;

O., dat uit dit alles voortvloeit, dat bij het bestreden vonnis aan voormelde verordeningen ten onrechte bindende kracht is ontzegd en het daartegen gerichte middel van cassatie is gegrond;

Vernietigt het vonnis den 20 Oct. 1900 door de Arr. Rechtbank te Roermond in deze zaak gewezen;

En krachtens art. 105 der Wet op de R. O. recht doende ten principale:

Qualificeert het bij voormeld vonnis bewezen verklaarde feit: overtreding ter zake van plaatselijke belasting door weigering om voor het gebruik der brug voor gewoon verkeer over de Maas te Venlo te betalen bruggeld, strafbaar krachtens de artt. 271 en 272 der Gemeentewet, art. 23 W. v. Strafr. en art. 25 der Invoeringswet, in verband met de verordeningen op de heffing en de invordering van die rechten, den 11 Januari 1897 door den Raad der gemeente Venlo vastgesteld, bepaaldelijk de artt. 1 en 2 der eerstgenoemde en art. 1 der laatstgenoemde verordening;

Verklaart den gerequireerde daaraan schuldig:

Gezien voormelde wetsbepalingen;

Veroordeelt den gerequireerde te dier zake tot betaling eener boete van ƒ5. — met bepaling dat, zoo de veroordeelde haar niet betaalt binnen 2 maanden na den dag, waarop deze uitspraak kan worden ten uitvoer gelegd, die boete zal worden vervangen door hechtenis van één dag.

§ 35.

VERORDENING VAN GRONINGEN OP HET OPENBAAR SLACHTHUIS. — HINDERWET.

De Groningsche verordening op het openbaar slachthuis, welker artt. 1 en 2 tekstueel zijn opgenomen in het arrest, past niet in het kader van art. 4, 2o der Hinderwet.[1]

Overtreding van deze verordening valt dus ook niet onder de strafbepaling van art. 22 a derzelfde wet, zoomin als onder eenige andere strafbepaling.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Bij art. 1 der verordening tot aanwijzing van het openbaar slachthuis voor het oprichten, hebben of gebruiken van slachterijen en andere inrichtingen, is door den Raad der gemeente Groningen bepaald, dat voor het oprichten, hebben of gebruiken binnen de Gemeente van slachterijen, vilderijen, penserijen, inrichtingen bestemd tot verwerken van bloed of afval van runderen, kalveren, schapen, bokken, geiten, varkens, paarden, ezels, muildieren en muilezels wordt aangewezen het terrein waarop gevestigd is het openbaar slachthuis; en bij art. 2 wordt verboden buiten het bij art. 1 genoemde terrein eenig bedrijf uit te oefenen waartoe dit terrein is aangewezen.

Op grond van deze bepalingen is de req. veroordeeld, omdat hij elders dan ter aangewezen plaatse eene slachterij had opgericht. Als middel van cassatie tegen deze veroordeeling stelt hij: Verkeerde toepassing, althans schending van de artt. 1 en 2 der Verordening der gemeente Groningen tot aanwijzing van het openbaar slachthuis voor het oprichten, hebben of gebruiken van slachterijen en andere inrichtingen

d.d. 17 Februari 1900, de artt. 4 en 22 der Hinderwet, art. 151 der Gemeentewet en de artt. 216, 257 van het Wetb. van Strafvord. in verband met de artt. 1 en 2 der verordening der gemeente Groningen op het gebruik van het openbaar slachthuis te Groningen dd. 17 Febr. 1900, en art. 1 der verordening der gemeente Groningen op het gebruik van het koelhuis van het openbaar slachthuis te Groningen mede van dien datum, door den beklaagde niet te ontslaan van rechtsvervolging op grond, dat de hierboven bedoelde verordening tot aanwijzing van het openbaar slachthuis, enz., d.d. 17 Febr. 1900 verbindende kracht mist.

De toegepaste en door den req. gewraakte verordening is volkomen in overeenstemming met art. 4, 2° der Hinderwet, volgens welke bepaling de Gemeenteraad bij plaatselijke verordening in het belang der openbare orde, veiligheid of gezondheid eene bepaalde plaats of gedeelte eener gemeente kan aanwijzen voor het oprichten, hebben of gebruiken van eene der in art. 2 genoemde inrichtingen met verbod om elders in de gemeente het bedrijf of de bedrijven uit te oefenen, waartoe de oprichting of het gebruik van die inrichting vereischt wordt.

Eene verordening, die zich zoo nauw bij de wet aansluit dat zij niets meer bevat dan wat deze veroorlooft, kan wegens haren inhoud niet van verbindende kracht ontbloot zijn.

De req. betoogt nu, dat zij meer zegt dan geoorloofd is, omdat zij, het openbaar slachthuis en zijn terrein aanwijzende, feitelijk het oprichten van eene slachterij voor eenen particulier onmogelijk maakt.

Dat zij dit doet is volkomen juist; en ik zou met den Kantonrechter een ontwijk willen zoeken in de

omstandigheid, dat niet het slachthuis is aangewezen maar het terrein waarop het staat, daar dit terrein toch evenmin voor het oprichten van eene eigene slachterij te verkrijgen is als het slachthuis zelf, terwijl aan den anderen kant de wet toelaat niet alleen een gedeelte der Gemeente, maar ook eene bepaalde plaats aan te wijzen en de aanwijzing van het slachthuis is de aanwijzing van eene bepaalde plaats.

Maar uit de geschiedenis blijkt, dat men juist met de bepaling van art. 4, 2° der Hinderwet den weg voor het oprichten van gemeentelijke abattoirs heeft willen banen; hiermede is de bepaling toegelicht. En de Gemeenteraad heeft niet anders gedaan dan dien weg betreden.

Het moet erkend worden, dat het oprichten van inrichtingen wel eene eenigszins vreemde figuur in deze bepaling maakt voor zoover die ziet op het oprichten van abattoirs, omdat volgens art. 1, dit niet zonder vergunning mag geschieden en de daad is niet van de Gemeente maar van particulieren; maar het artikel geeft niet alleen de bevoegdheid tot aanwijzing van eene bepaalde plaats, maar ook tot die van eene bepaald gedeelte b. v. eene bepaalde wijk tot het oprichten. Onder het ook genoemde gebruiken van eene inrichting kan zeer goed verstaan worden het gebruik door particulieren van eene gemeentelijke inrichting.

In elk geval, zooals ik begon met te zeggen, is de verordening in overeenstemming met de wet en daarom onaantastbaar.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 11 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van D. B., oud 29 jaren, slager te Groningen, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te Groningen van 1 Nov. 1900, waarbij is bevestigd het vonnis van den Kantonrechter aldaar van 15 Sept. 1900, bij welk vonnis de requirant is schuldig verklaard aan het „te Groningen buiten het terrein, waarop het openbaar slachthuis is gevestigd, eenig bedrijf uitoefenen, waartoe dat terrein is aangewezen", en te dier zake, met toepassing van de artt. 1 en 2 der verordening tot aanwijzing van het openbaar slachthuis voor het oprichten, hebben of gebruiken van slachterijen en andere inrichtingen, vastgesteld door den Raad der gemeente Groningen in zijne vergadering van 17 Febr. 1900 in verband met de artt. 4 sub 2o en 22 der Hinderwet, benevens art. 23 W. v. Strafr., veroordeeld tot een geldboete van ƒ 8.— met bepaling van den duur der vervangende hechtenis van 4 dagen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer DE PINTO;

Gelet op het middel van cassatie, door den requirant voorgesteld bij memorie:

Verkeerde toepassing, althans schending van de artt. 1 en 2 der verordening der gemeente Groningen tot aanwijzing van het openbaar slachthuis voor het oprichten, hebben of gebruiken van slachterijen en andere inrichtingen van 17 Febr. 1900, de artt. 4 en 22 der Hinderwet, art. 151 der Gemeentewet en de artt. 216 en 257 W. v. Strafvord., in verband met de artt. 1 en 2 der Verordening der gemeente Groningen op het gebruik van het openbare slachthuis te Groningen van 17 Febr. 1900 en art. 1 der Verordening der gemeente Groningen op het gebruik van het koelhuis van het openbaar slachthuis te Groningen mede van dien datum, door den beklaagde niet te ontslaan van rechtsver-

volging op grond, dat de hierboven bedoelde verordening tot aanwijzing van het openbaar slachthuis enz. van 17 Febr. 1900 verbindende kracht mist;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat ten laste van den requirant bij het in hooger beroep door de Rechtbank bevestigde vonnis des Kantonrechters als bewezen is aangenomen, dat hij op 2 Juli 1900 des middags te Groningen in zijne slachtplaats, onmiddellijk achter zijne woning aan de Tuinstraat gelegen, zijn bedrijf van slachter heeft uitgeoefend, een schaap slachtende, welk feit is gequalificeerd gelijk blijkt uit het hoofd van dit arrest;

O., dat deze qualificatie en de den requirant opgeegde straf berusten op art. 4 aanhef en 2o in verband met art. 22 der Hinderwet, benevens de artt. 1 en 2 der boven aangehaalde Groningsche verordening tot aanwijzing van het openbaar slachthuis voor het oprichten, hebben of gebruiken van slachterijen en andere inrichtingen, luidende:

Art. 1. Voor het oprichten, hebben of gebruiken binnen de Gemeente van slachterijen, vilderijen, penserijen, inrichtingen bestemd tot verwerken van bloed of afval van runderen, kalveren, schapen, bokken, geiten, varkens, paarden, ezels, muildieren en muilezels wordt aangewezen het terrein, waarop gevestigd is het openbaar slachthuis.

Art. 2. Het is verboden buiten het terrein, in art. 1 genoemd, eenig bedrijf uit te oefenen, waartoe dat terrein is aangewezen;

O., dat de eenige, in de bestreden vonnissen bevestigend, door den requirant ontkennend beantwoorde vraag, waarvan de gegrondheid van het middel van cassatie afhangt, deze is, of de aangehaalde artt. 1 en

2 der gemeentelijke verordening passen in de facultatieve opdracht op de Gemeenteraden verstrekt, door art. 4 aanhef en 2° der Hinderwet, welke opdracht, indien daaraan door den Gemeenteraad gevolg is gegeven, haar sanctie vindt in de strafbepaling van art. 22 a derzelfde wet;

O. daaromtrent, dat art. 4 der Hinderwet eene tweeledige bevoegdheid toekent aan den Gemeenteraad: 1° wijken, buurten of straten aan te wijzen, waar een of meer uitdrukkelijk genoemde inrichtingen, in art. 2 bedoeld, zonder voorafgaande vergunning kunnen worden opgericht; 2° in het belang der openbare orde, veiligheid of gezondheid, eene bepaalde plaats of gedeelte der Gemeente aan te wijzen voor het oprichten, hebben of gebruiken van eene der in art. 2 genoemde inrichtingen — dus ook de aldaar onder X vermelde slachterijen, vilderijen, penserijen enz. —, met verbod om elders in de Gemeente het bedrijf of de bedrijven uit te oefenen, waartoe de oprichting of het gebruik van die inrichting vereischt wordt;

O., dat, gelijk de requirant te recht beweert, de ondubbelzinnige woorden van art. 4, 2° der Hinderwet, gelijk zij hierboven zijn wedergegeven, eene andere uitlegging niet toelaten, dan dat de Gemeenteraad bevoegd is „eene bepaalde plaats of gedeelte der Gemeente aan te wijzen niet om dáár, voor zooveel betreft de in art. 2 X bedoelde inrichtingen, die hier alleen in aanmerking komen, een openbaar slachthuis op te richten of door anderen te doen oprichten, buiten hetwelk het slachtersbedrijf door niemand in de Gemeente zoude mogen worden uitgeoefend, maar alleen voor het oprichten, hebben of gebruik van eene slachterij of andere aanverwante inrichting door wie dan ook;

dat het toch geheel omgaat buiten de woorden van

art. 4, 2° voormeld daarin te zien eene opdracht der bevoegdheid aan den Gemeenteraad om, met uitsluiting van alle anderen, die ingevolge de artt. 1 en 2 de vergunning vragen, om eene slachterij op te richten, deze hetzij alleen aan een of meer bijzondere personen te verleenen tot oprichting van een openbaar slachthuis, of wel zoodanig openbaar slachthuis van gemeentewege op te richten en in exploitatie te brengen;

dat deze uitlegging van art. 4, 2° te minder aannemelijk is, omdat nu dit nommer, niet gelijk het voorafgaande, eene afwijking bevat van de volgens den regel van art. 1 vereischte „voorafgaande vergunning'', deze geacht moet worden noodig te zijn ook waar de slachterij wordt opgericht op eene bepaalde daartoe vooraf in het algemeen aangewezen plaats of gedeelte der Gemeente, maar niet wel denkbaar is, althans alle beteekenis mist bij de verplichte uitoefening van het slachtersbedrijf in een door of vanwege de Gemeente opgericht openbaar slachthuis;

O., dat uit dit een en ander volgt, dat de Groningsche verordening van 17 Febr. 1900 op het openbaar slachthuis niet valt in het kader van art. 4, 2° der Hinderwet, zoodat op de overtreding van art. 2 dier verordening de strafbepaling van art. 22ª dezer wet niet van toepassing is zoomin als daarop bij of krachtens eenige andere wet straf is gesteld;

dat hiertegen niets afdoet de overweging in des Kantonrechters vonnis, dat bij de verordening slechts is aangewezen het terrein, waarop het slachthuis staat, tot welk terrein ook open ruimten behooren, tot het oprichten, hebben of gebruiken der in art. 2 omschreven inrichtingen;

dat toch eensdeels het geheele terrein, waarop het

slachthuis gevestigd is, ook voor zoover dit thans nog onbebouwd mocht zijn, blijkens het opschrift in verband met art. 1 der verordening behoort tot „het openbaar slachthuis", en anderdeels van „het oprichten" in den zin der wet van eene slachterij, al bezigt de verordening dit woord, geen spraak kan zijn, waar het slachtersbedrijf alleen wordt en mag worden uitgeoefend, hetzij in het openbaar slachthuis zelf, hetzij op de daartoe behoorende en daarmede één geheel uitmakende open ruimten;

O., dat ook niet afdoende is des Kantonrechters beroep op de geschiedenis der wet;

dat wel is waar in de Memorie van Toelichting van het Ontwerp der Hinderwet en in de Memorie van Antwoord op het Voorloopig Verslag der Tweede Kamer er bij art. 4 n° 2 o. m. op werd gewezen, dat daardoor de weg zoude worden geopend tot de „openbare slachthuizen", in het buitenland vrij algemeen bekend, maar bij ons naar veler oordeel niet wel overeen te brengen met de destijds bestaande wetgeving, welke meening geen tegenspraak vond in het schriftelijk en mondeling debat tusschen de Regeering en de beide Kamers der Staten-Generaal gevoerd;

dat echter deze opvatting van de hier alleen in aanmerking komende wetsbepaling, door de Regeering evenmin als de zich daarbij aansluitende uitlatingen van enkele leden der Staten-Generaal bij de openbare beraadslaging in de Tweede en in de Eerste Kamer kan gelden boven den tekst der wet, nu zij daarmede, gelijk reeds is aangetoond, niet wel is overeen te brengen;

dat dit te meer klemt omdat, kent men aan deze opvatting van art. 4, 2° der Hinderwet een overwegenden invloed toe op de uitlegging van het daar be-

paalde, die invloed zich moet doen gelden niet alleen bij de slachterijen, slechts als voorbeeld in de Memorie van Toelichting genoemd, maar evenzeer bij al de inrichtingen van zeer onderscheiden aard, genoemd in art. 2 onder nº. II—XVIII, terwijl het toch zeer twijfelachtig is of het wel ooit in de bedoeling des wetgevers kan hebben gelegen, dat voor de uitoefening van al die bedrijven één openbare inrichting van gemeentewege zoude mogen aangewezen worden, met verbod om ze elders in de Gemeente uit te oefenen;

O. mitsdien, dat het verbod van art. 2 der voormelde Groningsche gemeentelijke verordening van 17 Febr. 1900 als niet overeenstemmende met art. 4, 2º der Hinderwet, ook geen sanctie vindt in art. 22ª dier wet zoomin als in eenige andere strafbepaling, zoodat het middel van cassatie is gegrond;

Vernietigt het vonnis den 1 Nov. 1900 door de Arr.-Rechtbank te Groningen in deze zaak gewezen;

Uit kracht van art. 105 der Wet op de R. O. ten principale recht doende in hooger beroep:

Vernietigt mede het in deze zaak door den Kantonrechter te Groningen gewezen vonnis;

Verklaart het bij dit vonnis ten laste van den requirant bewezen verklaarde feit niet strafbaar;

Ontslaat hem te dier zake van alle rechtsvervolging.

§ 36.

QUALIFICATIE. — ONTUCHTIGE HANDELING.

De in deze zaak bewezen verklaarde feiten vallen onder de qualificatie van art. 247 Strafrecht.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. Rethaan Macaré:

Zie ik wel dan is in dit geding slechts ééne vraag door U te beantwoorden, namelijk: of de feiten, zooals die door Rechtbank en Hof bewezen zijn verklaard, het misdrijf opleveren omschreven en strafbaar gesteld bij artikel 247 Strafr.

De Rechtbank heeft die vraag met het O. M. bevestigend beantwoord, het Hof beantwoordde haar ontkennend.

De beslissing van het Hof is, zooals de requirant bij zijne memorie van cassatie opmerkt, geheel ongemotiveerd:

Weerlegging van de gronden, die voor de meening van het Hof kunnen worden aangevoerd, is bij algeheele onbekendheid daarmede niet mogelijk.

Alleen merk ik op, dat het mij niet mogelijk is een geval te denken, waarin de gerequireerde zich met eerbare bedoelingen tegenover het kind zou hebben kunnen bevinden en de houding, waarin hij blijkens de feitelijke beslissingen van Rechtbank en Hof door de getuigen is bevonden.

Is er ten deze slechts plaats voor oneerbare bedoelingen, dan beantwoordt het bewezen verklaarde feit m. i. geheel aan het bij artikel 247 omschreven misdrijf.

Voor zooveel noodig, beroep ik mij te dezen aanzien op hetgeen omtrent de beteekenis van de woorden „ontuchtige handelingen" is aangeteekend bij Noyon, ad art. 246, aant. 3, bl. 372, deel II en op uwe arresten van 1 Dec. 1890, W. 5973, 25 Jan. 1897, W. 6924 en 24 Oct. 1898, W. 7194.

Op deze gronden heb ik de eer te concludeeren, dat het den Hoogen Raad moge behagen, het bestre-

den arrest te vernietigen wegens schending van art. 247 Wetboek van Strafrecht en, ten principale rechtdoende: den gerequireerde alsnog schuldig te verklaren aan het plegen van ontuchtige handelingen met iemand beneden den leeftijd van zestien jaren en hem te veroordeelen tot gevangenisstraf voor den tijd van één jaar.

Arrest H. R. van 11 Febr. 1901:

De Hooge Raad der Nederlanden,

Op het beroep van den Proc.-Gen. bij het Gerechtshof te Amsterdam, requirant van cassatie tegen een Arrest van dat Gerechtshof van 6 Nov. 1900, doch alleen voor zooveel daarbij H. M., oud 65 jaren, van beroep zeilmaker, geboren te Klundert en wonende te Helder, is ontslagen van alle rechtsvervolging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Hanlo, ten deze vervangende den Raadsheer de Pinto;

Gelet op het middel van cassatie, door den requirant voorgesteld bij memorie:

Schending van art. 247 W. v. Strafr., door niet toepassing van dat artikel op de bewezen verklaarde feiten;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. Rethaan Macaré, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat het Gerechtshof, recht doende in hooger beroep, bij het bestreden arrest met gedeeltelijke vernietiging, gedeeltelijke bevestiging van het vonnis door de Arr. Rechtbank te Alkmaar van 18 Sept. 1900 in deze zaak gewezen, evenals de Rechtbank als wettig en overtuigend bewezen heeft aangenomen: „dat de beklaagde (gerequireerde) op 2 Juli 1900 in „zijne woning te Helder met de toenmaals zevenjarige

„H. G. K. ontuchtige handelingen heeft gepleegd, door, terwijl dat kind op den grond lag, met geheel ontbloote mannelijkheid, zich, steunende op zijne knieën, boven haar te begeven";
O., dat het Hof heeft verklaard dat, naar zijn oordeel die feiten, zooals ze zijn ten laste gelegd en bewezen verklaard, niet opleveren het misdrijf van het plegen van ontuchtige handelingen met iemand beneden den leeftijd van 16 jaren, voorzien en strafbaar gesteld bij art. 247 W. v. Strafr. en evenmin vallen in eenige andere strafbepaling;

O., dat tegen deze beslissing en het op grond daarvan uitgesproken ontslag van rechtsvervolging, het middel van cassatie is gericht, en tot staving daarvan is aangevoerd, dat het arrest geene gronden bevat voor de beslissing, dat de bewezen verklaarde feiten niet strafbaar zijn, — doch gezegd art. 247 hier wel degelijk toepasselijk is; dat de leeftijd van het kind vaststaat, en de ontuchtige bedoeling des daders voldoende blijkt uit den aard der gepleegde handeling, terwijl het feit, dat de handeling is gepleegd met het kind, volgt uit de houding daarbij door den beklaagde aangenomen tegenover het meisje, dat vlak voor hem achterover op den grond lag, terwijl hij zich, op zijn knieën liggende of steunende, met geheel ontbloote mannelijkheid heen boog over H. G. K. op wier gemoed het gezicht van beklaagde's ontbloote schaamdeel niet zonder uitwerking kon blijven en die aldus door den beklaagde werd gebruikt, om zijn zedelooze driften op te wekken of aan te wakkeren en bij het ontuchtig bedrijf een rol speelde;

O. daaromtrent, dat dit cassatiemiddel gegrond is, daar de feiten, zooals zij door de Rechtbank en het

Hof als bewezen zijn aangenomen vallen onder de strafbepaling van art. 247 W. v. Strafr.;

dat toch het zich met geheel ontbloote mannelijkheid, steunende op zijn knieën, begeven boven de zevenjarige H. G. K., terwijl dat kind op den grond lag, is eene ontuchtige handeling, welke rechtstreeks was gericht tegen dat onder hem liggende kind en met haar werd gepleegd; en deze handeling was van dien aard, dat zij — behoudens bijzondere omstandigheden, waarvan het bestaan in deze niet is gebleken — niet anders kan zijn gepleegd dan met de bedoeling om eene ontuchtige handeling te plegen;

O., dat hieruit volgt, dat het bestreden arrest, waarbij de gerequireerde van alle rechtsvervolging werd ontslagen, moet worden vernietigd, en het vonnis, bij hetwelk hij ter zake der bewezen verklaarde feiten, met toepassing van art. 247 W. v. Strafr., werd veroordeeld, zal behooren te worden bevestigd;

Vernietigt het arrest, den 6 Nov. 1900 door het Gerechtshof te Amsterdam in deze zaak gewezen, voor zooveel het daarbij uitgesproken ontslag van rechtsvervolging betreft;

Krachtens art. 105 der Wet op de R. O. recht doende ten principale op de ook in hooger beroep bewezen verklaarde feiten:

Bevestigt het vonnis der Arr-Rechtbank te Alkmaar den 18 Sept, 1900 in deze zaak gewezen, voor zooveel de schuldigverklaring, de qualificatie en de opgelegde straf betreft.

§ 37.

AFSTAND VAN HET HOOGER BEROEP (RECHTSGELDIGHEID VAN DEN). — HOOGER BEROEP.

De wet stelt de rechtsgeldigheid van den afstand van

het hooger beroep niet afhankelijk van de vraag of het exploot, waarbij overeenkomstig het laatste lid van art. 237 Strafv. van den afstand aan den beklaagde aanzeggeng wordt gedaan, hem al dan niet vóór de dagvaarding in hooger beroep is beteekend.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Het voor deze requirante ingestelde hooger beroep is door de Rechtbank te Amsterdam niet-ontvankelijk verklaard, omdat het was ingesteld door iemand die er niet behoorlijk toe gemachtigd was.

Ook de Ambtenaar van het Openbaar Ministerie was in hooger beroep gekomen, doch deze had van zijn beroep afstand gedaan.

De requirante beweert nu schending en verkeerde toepassing van art. 237 Wetboek van Strafvordering, 4e lid, volgens welke bepaling afstand van het appel kan worden gedaan alleen zoolang niet gedagvaard is.

Het middel berust op de stelling, dat de Rechtbank zich niet mocht onthouden van kennisneming van het appel door het Openbaar Ministerie ingesteld, omdat het exploot van dagvaarding in hooger beroep op denzelfden dag is uitgebracht als de aanzegging van het desistement, doch één uur later.

Feitelijk staat omtrent de uren niets vast; men zou echter misschien kunnen beweren, dat bij gelijkheid van dagteekening zonder vermelding van uur niet blijkt, dat de handeling, die moest voorafgaan, ook werkelijk voorafgegaan is.

Hier zou dit echter niet afdoen; want het komt er niet op aan wanneer van den afstand van beroep is kennis gegeven, maar wanneer afstand gedaan is.

Nu blijkt dit te zijn geschied op 15 October, terwijl op 20 October is gedagvaard. Aan het middel ontbreekt

dus de feitelijke grondslag, weshalve ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 11 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van M. M. W., wede. G. D., oud 75 jaren, koffiehuishoudster, geboren te Rotterdam, wonende te Amsterdam, requirante van cassatie tegen vonnis van de Arr. Rechtbank te Amsterdam van 9 Nov. 1900, waarbij niet-ontvankelijk is verklaard het namens de requirante ingesteld hooger beroep tegen een vonnis van den Kantonrechter te Amsterdam, (2e Kanton) van 20 Sept. te voren, bij welk vonnis zij ter zake van het zonder de vereischte vergunning sterken drank in het klein ten verkoop in voorraad hebben, met toepassing van art. 16, in verband met art. 1 der wet van 28 Juni 1881 (Stbl. no. 97) naar luid van den gewijzigden tekst daarvan, bekend gemaakt bij K. B. van 10 Mei 1885 (Stbl. no. 118), de artt. 10 no. 14 en 11 der Invoeringswet en 23 W. v. Strafr., werd veroordeeld tot een geldboete van *f* 10. —, met vervangende hechtenis van 20 dagen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gelet op het middel van cassatie, door de requirante voorgesteld bij memorie:

Schending en verkeerde toepassing van art. 237, 4e lid, W. v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat het namens de requirante ingesteld hooger beroep bij het bestreden vonnis niet-ontvankelijk is verklaard, omdat de daartoe vereischte verklaring ter griffie van het Kantongerecht niet was gedaan

door eenen bijzonder daartoe schriftelijk gemachtigde;

dat echter tegen deze beslissing het middel van cassatie niet is gericht, maar dat het hierop berust, dat tegen het vonnis van den Kantonrechter ook hooger beroep was ingesteld door den Ambt. van het O. M. bij het Kantongerecht; dat deze den 20 Oct. j.l. dit beroep wel had ingetrokken, doch dat het exploot, waarbij die intrekking zou hebben plaats gehad, aan de requirante was beteekend toen zij reeds door den Off. van Just. te Amsterdam was gedagvaard om in hooger beroep voort te procedeeren, alzoo op een tijdstip, waarop de afstand, volgens art. 237, 4e lid, W. v. Strafvord. niet meer rechtsgeldig kon geschieden, weshalve de Rechtbank, door dit niet tijdig ingetrokken beroep niet te behandelen, die wetsbepaling had geschonden;

O. daaromtrent, dat afstand van een ingesteld hooger beroep, ingevolge genoemd art. 237, 4e lid, W. v. Strafvord., bij art. 256 toepasselijk verklaard op het hooger beroep van vonnissen van de Kantongerechten, geschiedt niet door een deurwaardersexploot, maar door eene verklaring ter Griffie, waar het beroep is aangeteekend;

dat, nu blijkens daarvan door den Griffier van het Kantongerecht opgemaakte en met den Ambt. van het O. M. onderteekende akte, deze laatste den 15 Oct. 1900 ter Griffie van het Kantongerecht verklaard heeft te desisteeren van het hooger beroep, door hem ingesteld tegen het vonnis van den Kantonrechter den 20 Sept. te voren in deze zaak gewezen, terwijl op den 20 Oct. d. a. v., derhalve vijf dagen na het desistement, de requirante van wege den Off. van Just. te Amsterdam is gedagvaard voor de Rechtbank aldaar om in hooger beroep te procedeeren;

dat mitsdien de afstand van het hooger beroep is geschied toen nog niet was gedagvaard, alzoo tijdig,

en de wet de rechtsgeldigheid van den afstand niet afhankelijk stelt van de vraag of het exploot, waarbij, overeenkomstig het laatste lid van art. 237 voornoemd, van den afstand aan den beklaagde aanzegging wordt gedaan, hem al dan niet vóór de dagvaarding in hooger beroep is beteekend;

dat het middel dus niet tot cassatie kan leiden;

Verwerpt het beroep.

§ 38.

CASSATIE. — MOTIVEERING.

Vernietiging van het in cassatie bestreden vonnis, omdat daarin een onderzoek en beslissing omtrent de schuld van den beklaagde aan het hem ten laste gelegde en bewezen verklaarde feit ontbreken.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Deze gerequireerde, vervolgd wegens zwemmen in het openbare water in de Oostkous nabij de Keldermakerswerf te Rotterdam, is, nadat de rechter in het derde kanton Rotterdam het telast gelegde feit bewezen had verklaard, ontslagen van rechtsvervolging op grond, dat de omstandigheid, dat de plaats waar het feit voorviel niet door Burgemeester en Wethouders voor zwemmen was aangewezen, niet is telast gelegd, ofschoon zij een bestanddeel der overtreding uitmaakt.

Als eerste cassatiemiddel stelt de betrokken Ambtenaar van het Openbaar Ministerie als requirant van cassatie: Schending door niet-nakoming van de bepalingen van art. 221 j°. 211 Strafv., op welker niet-nakoming in art. 223 j°. 253 Strafv. nietigheid is bedreigd.

Dit middel berust hierop, dat uit het vonnis niet

blijkt van onderzoek naar de schuld van den beklaagde, terwijl ook de qualificatie van het bewezen verklaarde ontbreekt.

Ten aanzien van dit laatste is het middel ongegrond, daar een niet-strafbaar feit niet gequalificeerd kan worden.

Overigens is het gegrond. De Kantonrechter had niet over de strafbaarheid van het feit mogen oordeelen, alvorens hij, nevens het bestaan van het feit, ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid van den dader had vastgesteld, niet mogen ontslaan van rechtsvervolging, alvorens te beslissen, dat er niet behoorde te worden vrijgesproken.

Het tweede middel raakt hetgeen de Kantonrechter wel beslist heeft, en luidt: Schending door niet-toepassing van art. 214 j°. 253 Strafv. en de artt. 1 en 3 van de Verordening op het zwemmen en baden binnen de gemeente Rotterdam, afgekondigd 19 Februari 1900, en door verkeerde toepassing van art. 216 j°. 253 Strafvord.

Art. 1 der betrokkene verordening verbiedt onder meer het zwemmen in het openbaar, tenzij op plaatsen voor zwemmen of baden door Burgemeester en Wethouders aangewezen.

Die aanwijzing is niet eene persoonlijke vergunning, waarvan het ontbreken het zwemmen voor eene bepaalde persoon tot overtreding maakt, maar een besluit tot vaststelling van de plaatsen waar gezwommen mag worden. Wanneer nu telast gelegd is, dat er is gezwommen in de Oostkous bij de Keldermakerswerf, dan is, zoo deze plaats niet behoort tot de door Burgemeester en Wethouders aangewezene, tevens telast gelegd, dat op eene niet aangewezene plaats gezwommen is, evenals b. v. jagen in geslotenen jachttijd is telast gelegd, wanneer de in de dagvaarding

opgenomen dag van overtreding valt binnen het tijdperk, waarvoor de jacht door Gedeputeerde Staten is gesloten verklaard, ook zonder dat deze coïncidentie in de dagvaarding uitdrukkelijk is vermeld.

Ik vereenig mij alzoo, al is het ook om andere redenen dan in de memorie van cassatie zijn aangegeven, met het voorgestelde middel.

Het eerste middel primeert echter.

Ik concludeer dus tot vernietiging van het vonnis, waarvan beroep, en verwijzing van de zaak naar de Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam ter afdoening op de bestaande dagvaarding.

Arrest H. R. van 11 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Ambt. van het O. M. bij het Kantongerecht No. III te Rotterdam, requirant van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter in het kanton Rotterdam No. III van 17 Nov. 1900, waarbij C. V., oud 13 jaar, zonder beroep, geboren te Leeuwarden, wonende te Rotterdam, bij verstek is ontslagen van alle rechtsvervolging;

Gehoord het verslag van den raadsheer HANLO;

Gelet op de middelen van cassatie, door den req. voorgesteld bij memorie:

1o. Schending door niet nakoming van de bepalingen van art. 221, in verband met art. 211 W. v. Strafv., op welker niet-nakoming in art. 223, in verband met art. 253 W. v. Strafvord. nietigheid bedreigd is;

2o. Schending door niet-toepassing van art. 214, in verband met art. 253 W. v. Strafvord. en de artt. 1 en 3 van de verordening op het zwemmen en baden binnen de gemeente Rotterdam, afgekondigd 19 Febr. 1900 en door verkeerde toepassing van art. 216, in verband met art. 253 W. v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat de beklaagde en gerequireerde is gedagvaard ter zake, dat hij op 18 Aug. 1900 des voormiddags omstreeks te $10^{3}/_{4}$ te Rotterdam, in het openbaar water aan de Oostkous nabij de Keldermakerswerf heeft gezwommen;

O., dat tot ondersteuning van het eerste middel is aangevoerd: dat uit het vonnis niet blijkt, dat de Kantonrechter, naar aanleiding van de dagvaarding en het onderzoek op de terechtzitting over de qualificatie van het bewezen verklaarde feit en over het bewezene van de schuld van den beklaagde (wat hier, waar de beklaagde was een kind, dat strafrechtelijk vervolgd werd wegens een feit, begaan vóórdat het den leeftijd van 16 jaar bereikt had, zeer zeker niet had mogen zijn achterwege gelaten, aangezien nu ook niet blijkt, dat de rechter naar het voorschrift van art. 39 W. v. Strafr. onderzocht heeft, of het met oordeel des onderscheids gehandeld heeft) beraadslaagd heeft, aangezien het over deze punten geene beslissing inhoudt;

O. hieromtrent, dat de eerste der beide éénige in het vonnis voorkomende overwegingen enkel de beslissing inhoudt, dat het bij dagvaarding ten laste gelegde feit ter terechtzitting wettig en overtuigend is bewezen door het in die overweging aangeduid proces-verbaal, constateerende het bij de dagvaarding ten laste gelegde feit, terwijl in de tweede overweging, op grond van rechtsbeschouwingen, wordt beslist, dat het als bewezen aangenomen feit, waarop ook elders geen straf zou zijn gesteld, niet valt onder de strafbepalingen der in het middel genoemde verordening;

O, dat een onderzoek en beslissing omtrent de

schuld van den beklaagde aan het ten laste gelegde en bewezen verklaarde feit in het vonnis ten eenenmale ontbreken";

O., dat hierdoor zijn verzuimd de bij de artt. 211 en 221 in verband met art. 253 W. v. Strafvord. voorgeschreven vormen op welker niet-nakoming bij art. 223 van hetzelfde Wetboek de straf van nietigheid is gesteld;

O., dat, vermits uit dien hoofde het bestreden vonnis moet worden vernietigd wegens schending der genoemde artikelen, het onderzoek van het tweede middel van cassatie vervalt;

Vernietigt het vonnis den 17 Nov. 1900 door den rechter in het derde Kanton te Rotterdam in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 der Wet op de R. O.:

Verwijst de zaak naar de Arr. Rechtbank te Rotterdam, om op de bestaande dagvaarding opnieuw te worden berecht en afgedaan.

§ 39.

WAARNEMING DOOR EEN VERBALISANT. — ARTT. DER WET IN HET VEROORDEELEND VONNIS OP TE NEMEN. — NALEVING VAN ART. 222 STRAFV. — VERMELDING DER QUALIFICATIE. — „WERKELIJKE WOONPLAATS" IN HET K. B. VAN 27 JULI 1887 (STBL. No 140). — VEREISCHTEN VAN AMBTSHALVE INSCHRIJVING.

Waar blijkbaar de Rechtbank de verklaring van den verbalisant aangaande de vestiging van den req. te Aalten heeft opgevat in dien zin, dat de req. op den in het proces-verbaal genoemden dag te Aalten weder aanwezig was, eene opvatting die in

cassatie moet worden geëerbiedigd, kon de verbalisant het als het door hem waargenomene gerelateerde ook werkelijk waarnemen.

Art. 221 *Strafvord. begrijpt onder de artt. der wet, welke worden toegepast, alleen die, welke strekken om de opgelegde straf te rechtvaardigen, alzoo niet voorschriften van rechtspleging.*

Aan den eisch van art. 222 *in verband met art.* 223 *Strafv. wordt voldaan, indien van de naleving van eerstgemeld artikel blijkt uit het proces-verbaal der terechtzitting.*

Het op straffe van nietigheid gegeven voorschrift, dat het vonnis moet inhouden 's rechters beslissing omtrent de qualificatie der door hem bewezen verklaarde feiten betreft alleen het vermelden der qualificatie, welke naar zijn oordeel op die feiten past.

Wat te verstaan onder „werkelijke woonplaats" in het K. B. van 27 *Juli* 1887 (*Stbl. nº* 140).

Vereischten van ambtshalve inschrijving volgens art. 18 *in verband met art.* 16 *van voormeld besluit.*

Conclusie van den Adv.-Gen. NOVON:

Deze req. is veroordeeld wegens het niet binnen eene maand na aankomst verklaring doen van werkelijke woonplaatsverandering. Hij heeft zich alleen hiermede verdedigd, dat hij enkel feitelijk weder betrokken heeft zijne oude woning, die hij tijdelijk had gesloten, omdat hij in zijne betrekking van kommies bij de belastingen elders gedetacheerd was geweest, maar met die detacheering toen zij aanving zijne werkelijke woonplaats niet heeft veranderd, en dus ook niet toen zij eindigde.

Uit het oogpunt van deze feiten moet het eerste

der vijf bij memorie voorgestelde cassatiemiddelen beschouwd worden, dat luidt: Schending door niet toepassing der artt. 398 en 400 Wetb. v. Strafvord., door recht te doen op het ter terechtzitting voorgelezen ambtseedig proces-verbaal van den veldwachter T., hetwelk inhoudt, dat relatant gezien heeft dat beklaagde zich op 25 April 1900 weder te Aalten had gevestigd, hoewel het zich ergens vestigen niet iets is, dat men kan zien, hooren of voelen, maar integendeel iets dat men bij redeneering opmaakt, waartoe men uit redeneering besluit uit dingen die men ziet, hoort of ondervindt.

Bij het stellen van dit middel is uit het oog verloren, dat het niet te doen was om vaststelling van het begrip van zich vestigen in tegenstelling met tijdelijk zich ophouden, maar dat er eenvoudig viel te verklaren, dat de req. weder zijne woning had betrokken. Het gold toch niet de vraag welke positie hij voortaan zou innemen, maar welke positie hij te voren laatstelijk had gehad. Vestigen was dus hier bedoeld als feitelijk weder wonen, wat niet bij gevolgtrekking behoeft te worden aangenomen, maar waargenomen kan worden.

Dit middel komt mij dus ongegrond voor.

Ten aanzien van het tweede middel — Schending door niet-toepassing van art. 221 Wetboek van Strafvordering, doordat artikel 257 van dat Wetboek niet in het vonnis als „gezien" of toegepast is vermeld, welke vorm op straffe van nietigheid is voorgeschreven bij artikel 223 van hetzelfde Wetboek — kan ik volstaan met verwijzing naar de constante jurisprudentie van den Hoogen Raad, het laatst, voor zoover mij bekend is, uitgesproken in het arrest van 19 Nov. 1894, Wbl. 6584, dat in art. 221 met vermeldin

van de artikelen der wet, welke worden toegepast enkel bedoeld is die van de artikelen, welke verbodsbepalingen en strafbepalingen inhouden; bij arresten van 4 April en 22 Oct. 1888 (Wbl. 5541 en 5631) is met name omtrent de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering beslist, dat zij niet behoeven te worden vermeld.

Het derde middel luidt: Schending door niet-toepassing van artikel 222 Wetboek van Strafvordering doordat het beklaagde vonnis niet vermeldt, dat het is uitgesproken door den president of een der rechters die over de zaak hebben geoordeeld, moetende die vermelding naar aanleiding van artikel 223 Strafvordering op straffe van nietigheid in het vonnis voorkomen.

Ook dit middel is ongegrond. Art. 221 schrijft de verlangde vermelding in het vonnis niet voor, en bij art. 222 wordt slechts gevorderd het feit van voorlezing door den president of eenen der rechters. Bij gebreke van bijzonder voorschrift is het proces-verbaal der terechtzitting het stuk waaruit moet blijken dat aan de voorschriften omtrent de rechtspleging is voldaan. En hier is het proces-verbaal in dat opzicht in orde.

Als vierde middel is voorgesteld: Schending door verkeerde toepassing van artikel 221 Wetboek van Strafvordering, lid 1 j[is] artikelen 5 en 6 Koninklijk besluit van 27 Juli 1887, Stbl. n°. 141, doordat de qualificatie van het feit, zooals die is vermeld in het beklaagde vonnis niet juist is, immers geen strafbaar feit bevat, en ook niet terugslaat op de feiten die in de introductieve dagvaarding zijn ten laste gelegd, daar toch tot de integreerende bestanddeelen van het ten laste gelegde feit behoort het *uit eene andere ge-*

meente van het Rijk zijne woonplaats overgebracht hebben, welk bestanddeel van het strafbare feit de qualificatie van het vonnis mist, verzuim van welke formaliteit bij art. 223 Strafv. met nietigheid is bedreigd.

De steller van het middel verwart twee begrippen: het niet vermelden van de qualificatie en het onjuist qualificeeren. De rechter die eene verkeerde qualificatie in zijn vonnis opneemt heeft toch voldaan aan de bepaling die hem slechts het formeele voorschrift geeft de qualificatie, d, i. de qualificatie die hij meent aan het feit te moeten geven, op te nemen.

Of de qualificatie hier juist is, valt eerst te beantwoorden bij de behandeling van het vijfde middel:

Sch. immers verk. toep. der artikelen 5 en 6 K. B. van 27 Juli 1887, Stbl. 141 j°. artikelen 2 tot en met 5, 7, 18 en 19 K. B. van 27 Juli 1887, Stbl. 140, 214 en 221 Wetboek van strafvordering, doordat het vonnis, hoezeer te recht beslissend, dat de werkelijke woonplaats, waarvan voormelde Koninklijke besluiten spreken, een ander begrip is dan de „woonplaats", het domicilie, van het Burgerlijk Wetboek, ten onrechte aan te nemen, dat eerstgemelde uitdrukking duidt op de plaats waar men in corpore woont, subsidiair door ten onrechte te beslissen, dat de commies die zijn gezin meeneemt naar de plaats, waar hij tijdelijk is gedetacheerd, zijn werkelijke woonplaats in die gemeente heeft, door tot versterking van die beslissing te bezigen de onjuiste en door niets van het ten processe geblekene ondersteunde motiveering, dat zoodanige gedetacheerde ambtenaar de plaats van detacheering niet zonder verlof van zijn chef zal mogen verlaten, — en door aldus te beslissen, hoezeer in de instructie der zaak was gebleken, dat de requirant zijn huis

te Aalten had gehouden, aldaar al zijn huisraad had gehouden, en te Buurmalsen alleen gemeubileerde kamers had gehuurd, dat zijn standplaats was en bleef Aalten, en dat ook zijn aanslag in de personeele belasting in overeenstemming was met zijne bewering, dat hij te Aalten was blijven wonen.

De hierin primair uitgedrukte grief is ongegrond: de beslissing dat iemand werkelijke woonplaats heeft daar waar hij in corpore woont kan niet onjuist zijn; het is alleen de vraag wat onder wonen te verstaan is, in specie of een tijdelijk gedetacheerde ambtenaar, die wel zijn gezin naar zijne détachementsplaats medeneemt maar in zijne standplaats zijne woning aanhoudt, zijne werkelijke woonplaats naar de détachementsplaats overbrengt en dus ook bij terugkomst op zijne vaste standplaats wederom van werkelijke woonplaats verandert. Dat een plaatselijk bestuur ambtshalve afschrijft of inschrijft, kan natuurlijk niet afdoen.

Ik kan mij met het middel wel vereenigen. Langdurigheid van verblijf buiten de eigenlijke woonplaats of de standplaats kan geenen maatstaf opleveren voor de beoordeeling van werkelijke woonplaats; er is geene grens aan te geven, en de beteekenis van woonplaats kan dus door den duur van het verblijf niet bepaald worden.

Ook de wijze waarop iemand zich op zijne détachementsplaats inricht, dikwijls zoo geheel afhankelijk van toevallige plaatselijke omstandigheden, is niet afdoende; ook hierin wordt geen beginsel toegepast.

Men zal dus slechts te rade kunnen gaan met den aard en de bestemming van het verblijf. Een ambtenaar nu, die zijne standplaats behoudt en slechts tijdelijk in het belang van den dienst naar eene bepaalde plaats wordt gedetacheerd, krijgt eene tijdelijke ver-

blijfplaats, maar verandert niet van werkelijke woonplaats, evenmin als b.v. de particulier die gedurende de zomermaanden zich buiten zijne woonplaats ophoudt met het blijkbare voornemen, om na eenigen tijd in zijne woonplaats terug te keeren.

Werkelijke woonplaats moet dunkt mij voor den ambtenaar worden gelijkgesteld met het vast en voortdurend verblijf, bij art. 15 der Wet op de Rechtelijke Organisatie voorgeschreven.

Nu is aan den requirant telast gelegd, dat hij, zijne werkelijke woonplaats had veranderd: wanneer hieromtrent niet juist is beslist op de in het vonnis vermelde gronden, dan zal alsnog onderzocht moeten worden of uit anderen hoofde dit feitelijke bestandeel der telastlegging aanwezig was.

Dit onderzoek kan door den Hoogen Raad niet worden ingesteld.

Ik concludeer derhalve tot vernietiging van het vonnis, waarvan beroep, en verwijzing van de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem ter afdoening op hetbestaande hooger beroep, met inachtneming van het door den Hoogen Raad in deze te wijzen arrest.

Arrest H. R. van 11 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van J. G. J. V., volgens zijne opgave oud 36 jaren, geboren en wonende te Aalten, van beroep amtenaar der Rijksbelastingen, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te Zutphen van 14 Nov. 1900, waarbij met vernietiging van het in eersten aanleg in deze zaak gewezen vonnis, de requirant is schuldig verklaard aan „het niet ter „plaatse, waar hij zijne werkelijke woonplaats overbrengt „uiterlijk binnen eene maand na zijne aankomst eene

„verklaring doen aan het Gemeentebestuur, met over-„legging van het (kosteloos) getuigschrift van verandering „van werkelijke woonplaats", en de requirant te dier zake, met toepassing van de artt. 5 en 6 K. B. van 27 Juli 1887 (Stbl. No. 141) in verband met art. 2 der wet van 17 April 1887 (Stbl. No. 67) en art. 23 W. v. Strafr., is veroordeeld tot een geldboete van ƒ 2.50, met bepaling dat die, bij gebreke van betaling binnen twee maanden na den dag, waarop deze uitspraak kan worden ten uitvoer gelegd, zal vervangen worden door hechtenis van één dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EYSSELL;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij memorie:

I. Schending door niet toepassing der artt. 398 en 400 W. v. Strafvord;

II. Schending door niet toepassing van art. 211 W. v. Strafvord.;

III. Schending door niet toepassing van art. 222 W. v. Strafvord.;

IV. Schending door verkeerde toepassing van art. 221 lid 1 W. v. Strafvord. in verband met de artt. 5 en 6 K. B. van 27 Juli 1887 (Stbl. No. 141);

V. Schending, immers verkeerde toepassing der artt. 5 en 6 K. B. van 27 Juli 1887 (Stbl. No. 141) in verband met de artt. 2 tot en met 5, 7, 18 en 19 K. B. van 27 Juli 1887 (Stbl. No 140), 214 221 W v. Strafvord.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat bij het bestreden vonnis wettig en overtuigend bewezen is verklaard „dat de beklaag-de te Aalten, nadat hij in de maand Maart 1900 en wel vóór den 25 en dier maand zijne woonplaats van

Buurmalsen naar Aalten had overgebracht en te Aalten alstoen was aangekomen, op 25 April 1900, alzoo niet binnen eene maand na zijne aankomst, nog niet daaromtrent aan het Gemeentebestuur van Aalten eene verklaring heeft gedaan met overlegging van het kosteloos getuigschrift van verandering van werkelijke woonplaats — zulks op grond van het proces-verbaal van den veldwachter J. T. en van eene ambtseedige verklaring van den Burgemeester, waarvan de inhoud in het vonnis is opgenomen;

O., dat voormeld proces-verbaal o. a. vermeldt, dat de relatant *gezien* heeft dat de beklaagde op 25 April 1900 zich weder te Aalten had gevestigd;

dat hiertegen is gericht het eerste cassatiemiddel, tot ondersteunning waarvan wordt aangevoerd, dat het zich ergens vestigen niet iets is, wat men kan hooren zien of voelen, maar iets waartoe men bij redeneering besluit *uit* dingen die men ziet of hoort: een abstract begrip waartoe de rechter had moeten komen uit hem verklaarde zichtbare en waarneembare feiten, zoodat hier recht is gedaan op onwettig bewijs;

O. dienaangaande, dat blijkbaar de Rechtbank als de „vestiging", welke de verbalisant heeft waargenomen, aanmerkt en die opgevat heeft als eene waarneming, dat de requirant op den 25 April te Aalten weder *aanwezig* of te dezer zijne vaste standplaats weder *teruggekomen* was van de plaats, waarheen hij tijdelijk gedetacheerd was geworden;

dat in deze opvatting, die in cassatie moet worden geëerbiedigd, de verbalisant als door hem waargenomen gerelateerd heeft wat voor zinnelijke waarneming vatbaar is en uit dien hoofde het eerste cassatiemiddel niet kan opgaan;

O., dat de grond, waarop bij het tweede cassatie-

middel, schending van art. 221 W. v. Strafvord., wordt beweerd, is de niet aanhaling van art. 257 W. v. Strafvord., als noodwendig zijne toepassing vindende bij elke behandeling van strafzaken in hooger beroep bij de Rechtbank;

O., dat art. 257 op die behandeling in hooger beroep toepasselijk verklaart het meerendeel der voorschriften, gegeven voor de behandeling van strafzaken in eersten aanleg bij de Rechtbanken en dus een voorschrift van rechtspleging is; dat art. 221 W. v. Strafvord., met het gebod van aanwijzing der wetsartikelen, welke worden toegepast, alleen voorschrijft de aanwijzing van die artikelen, welke strekken om de opgelegde straf te rechtvaardigen, en dit gebod dus niet uitstrekt tot de voorschriften betrekking hebbende op de rechtspleging, zoodat dit cassatiemiddel is ongegrond;

O., dat het derde middel zich grondt op het gemis van vermelding in het vonnis, dat dit is uitgesproken door den president of een der rechters die over de zaak hebben gezeten;

O., dienaangaande, dat art. 223 op straffe van nietigheid alleen blijk verlangt o. a. dat evenvermeld in art. 222 W. v. Strafvord. voorkomend voorschrift zij nagekomen, maar noch daar, noch elders de vermelding dier naleving in het vonnis voorschrijft.

dat die naleving hier blijkt uit de processen-verbaal der zittingen van de Rechtbank van 31 Oct. en 14 Nov. 1899, volgens art. 198 W. v. Strafvord. strekkende, om aanteekening te houden van de in acht genomen vormen en van al hetgeen met betrekking tot de zaak ter terechtzitting geschiedt, zoodat aan den eisch der wet is voldaan en het middel is ongegrond;

O., dat de beweerde schending der bij het vierde cassatiemiddel aangehaalde wetsbepalingen daarop is gegrond, dat de qualificatie van het feit, zooals die

in het beklaagde vonnis vermeld is, niet juist zou zijn, immers geen strafbaar feit zou bevatten, en ook niet terugslaat op de in de introductieve dagvaarding telast gelegde feiten, daar toch tot de integreerende bestanddeelen van het telast gelegde feit behoort het *uit eene andere gemeente van het Rijk* zijne woonplaats overgebracht hebben, welk bestanddeel de qualificatie van het vonnis mist, verzuim van welke formaliteit bij art. 223 W. v. Strafvord. met nietigheid is bedreigd;

O., dat het vonnis ingevolge de artt. 211, 221 en 223 W. v. Strafvord. op straffe van nietigheid o. a. moet inhouden 's rechters beslissing omtrent de qualificatie der door hem bewezen verklaarde feiten en dit voorschrift dus alleen betreft het vermelden der qualificatie, welke naar 's rechters oordeel aan die feiten toekomt; dat het ontbreken dezer vermelding geenzins wordt beweerd, integendeel die vermelding het uitgangspunt van het middel vormt, zoodat dit zijnen feitelijken grondslag mist;

O. met betrekking tot het vijfde cassatiemiddel:

dat de Rechtbank het verkregen bewijs, dat de requirant, na overbrenging zijner woonplaats van Buurmalsen daarheen, te Aalten is aangekomen op 25 Maart 1900 en ook eene maand later daar aanwezig was, onvoldoende heeft geacht om hem aan overtreding van het K. B. van 27 Juli 1887 (Stbl. No. 141) schuldig te verklaren, en te recht nog onderzocht heeft of hij bevorens te Buurmalsen (alwaar hij, blijkens het vonnis, van Oct. 1899 tot 11 Maart 1900 is gedetacheerd geweest) heeft gehad de „werkelijke woonplaats" bedoeld bij dat besluit, dat zij als die werkelijke woonplaats heeft aangemerkt „de woonplaats, waar „men werkelijk, dat is in corpore woont" en voorts heeft overwogen: dat de tijdelijk gedetacheerde com-

„mies, die zijn gezin meeneemt naar de plaats waarheen „hij voor onbepaalden tijd is gedetacheerd, zijne „werkelijke woonplaats heeft in de gemeente, waarheen „hij is gedetacheerd, hetgeen te meer klemt indien „men bedenkt, dat die commies die gemeente niet „zonder verlof van zijnen chef zal mogen verlaten";

dat tegen deze beschouwing en beslissing in hoofdzaak wordt aangevoerd dat, zoo de Rechtbank aan „in corpore wonen" de beteekenis heeft gehecht van „werkelijk verblijven", zij het begrip van „werkelijke woonplaats" heeft geschonden, daar dit beduidt een werkelijk *vast* of als thuis verblijven, en dat, indien zij dit laatste begrip als dat van werkelijk wonen heeft aangenomen, zij daaronder ten onrechte heeft gebracht den requirant, die als ambtenaar der belastingen door de Administratie elk oogenblik doch met behoud van zijne vaste standplaats wordt gedetacheerd op de plaatsen waar, soms slechts twee weken soms ook eenige maanden, eene suikercampagne is en die niet mag beschouwd worden als bij elke dier detacheeringen te verhuizen;

O. dienaangaande, dat de Rechtbank, ten kenmerk van „werkelijk wonen" op eenige plaats stellend het aldaar „in corpore wonen" méér vordert dan het te dier plaatse lichamelijk *aanwezig* zijn, onafhankelijk van de omstandigheden of van den duur dier aanwezigheid, welke, al wilde men haar aanmerken als naar de letter altoos opleverend een werkelijk *verblijven*, ongetwijfeld niet altoos een werkelijk wonen zou opleveren;

dat daarom de Rechtbank zich heeft begeven in een onderzoek naar de omstandigheden van requirants verblijven te Buurmalsen, en hare verdere hierboven letterlijk wedergegeven overweging de rekenschap van

dat onderzoek en de daarop gegronde beslissing bevat;

dat blijkens die overweging de Rechtbank, om te komen tot de beslissing, dat de requirant te Buurmalsen „werkelijk gewoond" of „zijne werkelijke woonplaats gehad heeft, voldoende acht de bevinding 1° dat hij, belastingambtenaar met vaste standplaats, gedetacheerd is geworden, d. w. z. door het bestuur van zijn dienstvak aan die standplaats is onttrokken om te verblijven in eene andere gemeente, die hij zonder verlof van dat bestuur niet mocht verlaten, 2° dat hij naar die gemeente zijn gezin heeft medegenomen, 3° dat de detacheering is geschied voor onbepaalden tijd;

O., dat, al brengt men bovendien in aanmerking dat, naar luid van het vonnis, die detacheering heeft geduurd van Oct. 1899 tot 11 Maart 1900, dit een en ander, met het oog op den inhoud der beide Koninkl. Besluiten van 27 Juli 1887 (Stbl. No. 140 en 141), onvoldoende is om te beslissen, dat in den zin dier besluiten Buurmalsen gedurende dat tijdvak requirants *werkelijke woonplaats* is geweest, omdat niet blijkt dat, zooals hiertoe vereischt wordt, requirant in het bevolkingsregister aldaar ingeschreven is geweest of ten zijnen aanzien de voorwaarden voor zoodanige inschrijving aanwezig waren;

dat wel, blijkens het bestreden vonnis in het bovenvermelde door de Rechtbank als bewijs aangenomen proces-verbaal van J. T. ook voorkomt requirants verklaring „ik vroeg geene verandering van woonplaats „aan, daar het maar tijdelijk was; evenwel heeft de „Burgemeester der gemeente Buurmalsen mijne ver„andering van woonplaats reeds 10 dagen na mijne „komst aangevraagd, zonder dat ik er iets van wist en „moet hij thans maar zorgen, dat het hier (Aalten) weer terugkomt; ik doe het ten minste niet", doch

niet blijkt, dat een en ander werkelijk aldus gebeurd is en, al stond dit vast, niet blijkt, dat het heeft geleid tot requirants inschrijving;

dat daarenboven tot zijne inschrijving ambtshalve ontbrak datgene, wat daartoe volgens art. 16 K. B. No. 140 noodig zou zijn geweest: t. w. ontvangst te Buurmalsen van een duplicaat getuigschrift van het Gemeentebestuur te Aalten omtrent requirants voornemen om zich te Buurmalsen te vestigen, terwijl uit de artt. 17 en 18 van datzelfde besluit volgt, dat zoodanig voornemen aan het Gemeentebestuur van Aalten zou moeten zijn te kennen gegeven *door den requirant* en deze te kennen gaf zulk voornemen *niet* te hebben;

dat in dezen stand van zaken ook geen ambtshalve inschrijving te Buurmalsen als gevolg van *schrapping* te Aalten kon plaats hebben, omdat die stand van zaken, ingevolge dezelfde artikelen, zoodanige schrapping aldaar uitsloot;

dat voorts, blijkens hetgeen feitelijk vaststaat, ontbroken heeft het uit de artt. 4 en 5 voortvloeiende vereischte voor inschrijving te Buurmalsen: n. l. óf een *duurzaam* verblijf te dier plaatse, waaraan bij eenen aldaar slechts gedetacheerden ambtenaar niet te denken viel óf een verblijf *het grootste gedeelte van het jaar*, terwijl requirants oponthoud aldaar geen zes maanden heeft geduurd;

O., dat, vermits alzoo de requirant geene werkelijke woonplaats te Buuurmalsen heeft gehad, hij die ook niet bij zijnen terugkeer vandaar naar zijne ambtelijke standplaats Aalten heeft kunnen overbrengen, waaruit volgt zijne ongehoudenheid om een getuigschrift omtrent zoodanige verandering aan het bestuur van laatstgemelde gemeente over te leggen;

O., dat, waar bewezen is verklaard, dat hij dit heeft nagelaten, maar hij noch naar de op hem toegepaste wettelijke voorschriften, noch naar eenig ander gehouden was zulks te doen, de Rechtbank hem van rechtsvervolging had moeten ontslaan en zij, dit niet doende, de door haar toegepaste bij het vijfde middel van cassatie aangehaalde bepalingen verkeerd heeft toegepast;

Recht doende:

Vernietigt het vonnis, den 14 Nov. 1900 door de Arr. Rechtbank te Zutphen in deze zaak gewezen;

Vernietigt mede het vonnis in eersten aanleg den 28 Sept. 1900 door den Kantonrechter te Groenlo daarin gewezen;

En recht doende krachtens art. 105 der Wet op de R.O.:

Gezien art. 216 W. v. Strafvord.;

Ontslaat den requirant van alle rechtsvervolging ter zake van het bij de voormelde vonnissen bewezen verklaarde feit.

§ 40.

OPZET OM ZWAAR LICHAMELIJK LETSEL TOE TE BRENGEN. — „ZWAAR LICHAMELIJK LETSEL.

Ook waar, gelijk hier, feitelijk is uitgemaakt, bij den dader der mishandeling, het opzet bestaat om den mishandelde zwaar lichamelijk letsel toe te te brengen, valt het feit niet onder de qualificatie van „zware mishandeling", indien zoodanig letsel werkelijk niet is toegebracht.

De dood valt niet onder het begrip „zwaar lichamelijk letsel" volgens art. 82 Strafrecht, hoedanig letsel" daarenboven als niet gewild gevolg van eenig misdrijf zoowel in den Titel „Mishandeling" als

in verschillende andere Titels van het Tweede Boek van voormeld wetboek steeds in onderscheiding van den dood genoemd wordt.

Conclusie van den Adv.-Gen., NOYON:

Ten laste van dezen requirant is bewezen verklaard, dat hij met de bedoeling tot het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel eenen revolver op korten afstand heeft afgeschoten op zekeren J. P., op diens bovenlijf het wapen richtende, door welk schot het hart van J. P. is doorschoten, die dientengevolge onmiddellijk daarop door verbloeding is overleden.

Het Gerechtshof te Leeuwarden heeft met de Rechtb. te Assen dit feit gequalificeerd als zware mishandeling den dood ten gevolge hebbende.

Ik heb mij afgevraagd waar hier het zwaar lichamelijk letsel te zoeken is.

Met de gehoorde deskundigen neemt de rechter aan, dat de toegebrachte verwonding is een vulnus per se laetale. Daaruit volgt dat men iemand niet door het hart kan schieten zonder hem te dooden. Denkt men zich het doodelijk gevolg weg, dan blijft er dus niets anders over dan de verwonding, en er is nevens het doodelijke gevolg geene plaats voor dat nadeel, dat zwaar lichamelijk letsel uitmaakt. Hetzij men, zooals ik meermalen verdedigd heb, zwaar lichamelijk letsel in een blijvend nadeel moet zoeken, hetzij men daartoe met den H. R. een belangrijk nadeel voldoende acht, er moet toch altijd een nadeel zijn, dat, zoo het doodelijk gevolg niet ingetreden was, aanwezig zou zijn geweest. Men heeft hier immers te doen met zwaar lichamelijk letsel, met een gevolg; het intreden van het gevolg kan den rechter niet ontheffen van de verplichting om aan te wijzen waarin het zware

letsel bestaat. En die aanwijzing wordt in het vonnis gemist.

Maar het vonnis kon ze ook niet bevatten, omdat bij de dagvaarding niet het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel is telast gelegd. Zij bevat slechts het schieten met doorboren van het hart en het overlijden van den verwonde als gevolg, maar niet als bedoeld gevolg. In de daarbij gedane telastlegging van zwaar lichamelijk letsel bedoeld te hebben ligt toch niet opgesloten dat het ook is toegebracht.

De materieele handeling is dus volgens de dagvaarding hier alleen geweest het afschieten van het op iemands bovenlijf gerichte wapen, dat door de daaruit gevolgde verwonding eene voltooide mishandeling wordt, maar ook niet meer. Daar nu zooals werd aangenomen het doorboren van het hart tevens is het veroorzaken van den dood, ontbreekt ook in de dagvaarding het met opzet toegebrachte zwaar lichamelijk letsel.

De qualificatie van het bewezen verklaarde overeenkomende met het telast gelegde (behalve de bedoeling tot dooden, waarvan de requirant is vrijgesproken), is derhalve onjuist.

De rechter had art. 300, niet art. 302, van het Wetb. van Strafrecht moeten toepassen, en had niet mogen komen, zooals het Hof met vernietiging van het vonnis op dit punt deed tot veroordeeling in eene gevangenisstraf van acht jaren.

Ik concludeer dus tot vernietiging ambtshalve van het arrest, waarvan beroep, voor zooveel betreft de qualificatie van het bewezen verklaarde feit en de opgelegde straf, tot schuldigverklaring van den requirant aan mishandeling die den dood ten gevolge heeft gehad, en veroordeeling tot eene gevangenisstraf van vijf jaren, met bepaling dat de tijd door den veroor-

deelde voor de tenuitvoerlegging van het arrest in verzekerde bewaring doorgebracht, geheel op de straf zal worden in rekening gebracht.

Arrest H. R. van 11 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van R. V., oud 23 jaren, van beroep tapper, geboren en wonende te Valthermond, gemeente Odoorn, thans gedetineerd in het huis van bewaring te Leeuwarden, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 29 Nov. 1900, voor zoover dit zijn veroordeeling inhoudt, bij welk arrest, met vernietiging van het vonnis der Arr. Rechtbank te Assen van 15 Oct. 1900, voor zoover betreft de daarbij aan den requirant opgelegde straf, die door het Hof is gesteld op gevangenisstraf van 8 jaren, met bepaling, dat de tijd, door den veroordeelde voor de ten uitvoerlegging van deze uitspraak in verzekerde bewaring doorgebracht, bij de uitvoering dezer straf geheel zal worden in mindering gebracht, overigens is bevestigd, voormeld vonnis, waarbij de requirant met vrijspraak van wat hem meer is ten laste gelegd dan bewezen is verklaard, is verklaard schuldig aan het misdrijf van zware mishandeling, den dood ten gevolge hebbende en te dier zake, met toepassing van art. 302 W. v. Strafr., veroordeeld tot gevangenisstraf van 4 jaar en 6 maanden, met last tot gedeeltelijke vernietiging en gedeeltelijke teruggaaf der overtuigingstukken ingevolge de wet;

Gehoord het verslag van den Raadsheer DE PINTO;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat noch bij de aanteekening van het beroep, noch naderhand, door of vanwege den

requirant eenige gronden voor dat beroep zijn aangevoerd;

Overwegende ambtshalve, dat den beklaagde bij dagvaarding was ten laste gelegd, dat hij den 2 Sept. „1900 ten zijnen herberge te Valthermond, Odoorn, „opzettelijk, met de bedoeling na te noemen persoon te „dooden althans zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, „een met een kogel geladen revolver op korten afstand „heeft afgeschoten op J. P., op het bovenlijf van dien „persoon het wapen richtende, door welk schot het hart „van J. P. is doorschoten, die dientengevolge onmid„dellijk daarop door verbloeding is overleden";

O., dat de Rechtbank in de 3e overweging van haar, wat de schuldigverklaring en de qualificatie betreft, door het bestreden arrest bevestigd vonnis overneemt en tot de hare maakt de meeningen der twee gehoorde deskundigen, die blijkens het vonnis o. m. hebben verklaard, dat de den verslagene toegebrachte wonde, door het hart en door de long gaande, was „een vulnus per se laetale" en dat hij is „overleden door verbloeding ten gevolge van een schot door het hart";

O., dat de Rechtbank verder in de 4e overweging niet bewezen achtende des beklaagdes opzet om te dooden, bewezen verklaart „het hem bij de dagvaarding in de tweede plaats ten laste gelegde en dat hij daaraan schuldig is", alzoo dat hij ten tijde en ter plaatse, in de dagvaarding vermeld, opzettelijk met de bedoeling om aan J. P. zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, tegen hem op korten afstand een met een kogel geladen revolver heeft afgeschoten, op het bovenlijf van dien persoon het wapen richtende, door welk schot het hart van J. P. is doorschoten, die

dientengevolge onmiddellijk daarop door verbloeding is overleden;

O., dat op dit bewezen verklaarde feit niet past de daaraan door Rechtbank en Hof met toepassing van art. 302 W. v. Strafr., gegeven qualificatie van „zware mishandeling, den dood ten gevolge hebbende";

dat toch aan „zware mishandeling" volgens het 1e lid van gemeld artikel schuldig is „hij die aan een ander opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toebrengt";

dat dus ook waar, gelijk hier feitelijk is uitgemaakt, bij den dader der mishandeling het opzet bestaat om den mishandelde zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, het feit niet valt onder de qualificatie van „zware mishandeling", indien zoodanig letsel werkelijk niet *is* toegebracht;

dat dit laatste hier volgens de vaststaande feitelijke beslissing het geval niet was, omdat de dood, volgens het door den rechter overgenomen oordeel der deskundigen het dadelijk en onvermijdelijk gevolg der toegebrachte wonde en dan ook onmiddellijk na de verwonding ingetreden, niet valt onder het begrip „zwaar lichamelijk letsel" volgens art. 82 W. v. Strafr., hoedanig letsel daarenboven als niet gewild gevolg van eenig misdrijf, zoowel in den Titel „Mishandeling" als in verschillende andere Titels van het tweede Boek van het Wetb. v. Strafr. steeds in onderscheiding van den dood wordt genoemd;

O. mitsdien, dat bij het bestreden arrest en het daarbij bevestigde vonnis, met verkeerde toepassing van art. 302 in verband met art. 82 W. v. Strafr., is geschonden art. 300 van dat Wetb.;

Vernietigt uit dien hoofde het bestreden arrest en het vonnis der Arr. Rechtbank te Assen van 15 Oct 1900, doch alleen wat betreft de daarbij aan het be.

wezen verklaarde feit gegeven qualificatie en de opgelegde straf;

In zooverre ten principale recht doende uit kracht van art. 105 der Wet op de R. O.:

Gezien de artt. 300 en 27 W. v. Strafr.;

Qualificeert voormeld feit: mishandeling, die den dood ten gevolge heeft;

Verklaart den requirant daaraan schuldig;

Veroordeelt hem te dier zake tot gevangenisstraf van 5 jaren, met bepaling dat de tijd, door den veroordeelde vóór de ten uitvoerlegging van dit arrest voorloopig in verzekerde bewaring doorgebracht, bij de uitvoering van de hem opgelegde gevangenisstraf geheel zal worden in mindering gebracht.

§ 41.

MINDERJARIGE. — FAILLISSEMENT.

Een minderjarige kan niet zelf, onafhankelijk van zijn wettelijken vertegenwoordiger, verkeeren in den toestand, dat hij heeft opgehouden te betalen, en dus ook niet failliet worden verklaard.

Request:

Aan den H. R. der Ned.

Geeft eerbiedig te kennen:

J. C. P. S., wonende te Leiden, ten deze domicilie kiezende ten kantore van den advocaat Mr. F. L. K. aan de Groenmarkt N°. 13 te 's-Gravenhage.

dat requestrant bij vonnis van de Arr. Rechtbank te 's-Gravenhage dd. 7 Sept. 1900 is verklaard in staat van faillissement ten verzoeke van een zijner crediteuren zonder op dit verzoek te zijn gehoord;

dat requestrant op den 22sten Sept. 1900 tegen dit vonnis is gekomen in verzet;

dat requestrant bij beschikking van de Arr. Rechtbank te 's-Gravenhage van den 25sten Sept. 1900 op grond, dat hij minderjarig was, en dus niet bevoegd zoude zijn in rechte op te treden, conform de conclusie van den officier van Justitie, en dat verzet niet ontvankelijk is verklaard;

dat requestrant van deze beschikking is gekomen in hooger beroep bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage:

dat dit Gerechtshof bij arrest van den 24sten Oct. 1900, in strijd met de conclusie van den Proc.-Gen., de beschikking a quo heeft vernietigd en de zaak heeft teruggewezen, ten einde, met inachtneming van gezegd arrest, omtrent het door requestrant gedaan verzet te beslissen;

dat de Arr. Rechtbank te 's-Gravenhage bij beschikking dd. 4 Dec. 1900 in strijd met de conclusie van den officier van Justitie, ingevolge het arrest recht doende, requestrant's verzet heeft afgewezen;

dat requestrant van deze beschikking is gekomen in hooger beroep bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage;

dat dit Gerechtshof bij arrest van den 24sten Dec. 1900 conform de conclusie van den Proc.-Gen., de beschikking a quo heeft bevestigd;

dat requestrant zich tegen dit arrest voorziet in cassatie en als middel daartegen aanvoert:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 8 en 1 der Faillissementswet;

dat requestrant toch meent, gelijk ook de officier van Justitie bij de Arr. Rechtbank te 's-Gravenhage schijnt te oordeelen, dat een minderjarige wegens het enkele feit zijner minderjarigheid niet in staat van faillissement kan worden verklaard en dus de tegen-

overgestelde zienswijze en de daarvoor aangevoerde overwegingen van de Arr. Rechtbank te 's-Gravenhage, van den Proc.-Gen. bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage en van dat Gerechtshof, zelf blijkende uit de verschillende genoemde beslissingen, salva reverentia onjuist zijn;

dat een minderjarige tweeërlei verbintenissen kan hebben n. l.:

1° verbintenissen, door hem zelf aangegaan;

2° verbintenissen hem van elders opgekomen, zooals door erfenis, bezwaarde schenking, voortzetting van bedrijf, enz.;

dat ten aanzien van de sub 1° genoemde verbintenissen art. 1482 van het Burgerlijk Wetb. bepaalt, dat zij van rechtswege nietig zijn, en dat zij op eene door den minderjarige of van zijnentwege daartoe gedane vordering moeten worden nietig verklaard op den enkelen grond zijner minderjarigheid, terwijl bovendien art. 1366 B. W. den minderjarige onbewkaam verklaart om overeenkomsten te treffen;

dat een minderjarige daarvoor wegens zijne eigene verbintenissen en overeenkomsten. zooals er in casu alleen bestaan, niet kan worden verklaard in staat van faillissement, aangezien hij deswege nimmer kan gezegd worden te zijn een schuldenaar, die in den toestand verkeert, dat hij heeft opgehouden te betalen, en dus, ook zonder dat hij de nietigverklaring zijner verbintenissen heeft gevorderd, niet valt onder art. 1 der Faillissementswet;

dat hij toch vooreerst blijkens het bovengemelde art. 1482 niet is „schuldenaar" in den zin van art. 1 der Faillissementswet;

dat hij verder evenmin kan gezegd worden, te hebben opgehouden te betalen, aangezien hij onbekwaam en onbevoegd is te betalen;

dat de wetgever ook aan de mogelijkheid van faillietverklaring van minderjarigen wegens verbintenissen als sub 2° aangeduid, nimmer heeft gedacht, en deze daarom ook is uitgesloten, en dit wel, omdat het bestuur aan de belangen van den minderjarige door allerlei waarborgen en contrôle, als b. v. de vereischte aanvaarding van erfenissen onder voorrecht van boedelbeschrijving, rechterlijke automatie zoodanig is omringd, dat de wetgever verliezen deswege van dien aard, dat zij den minderjarige in den toestand zouden brengen, dat aan zijne verbintenissen niet meer uit zijne goederen zou voldaan worden, onaannemelijk acht;

dat wijders een beginsel als het toelaten van faillietverklaring van eenen minderjarige, met al de daaruit voor den minderjarige voortvloeiende rechten en verplichtingen, zoozeer in strijd is met de elders in de geheele burgerlijke wetgeving gehuldigde beginselen t. a. v. minderjarigen, dat men het niet uit het ontbreken van een desbetreffend verbod mag afleiden, doch dat zulk een beginsel expressis verbis had moeten worden ingevoerd;

dat men den wetgever van de Faillissementswet er niet van mag verdenken, waar overal door de geheele wetgeving de belangen van minderjarigen bijzonderlijk zijn beveiligd, dit in de Faillissementswet geheel te hebben vezuimd;

dat het bovendien ondenkbaar is, dat dezelfde wetgever, willens, geheel ongeregeld zou hebben gelaten de zeer voor de hand liggende vragen, die uit het faillissement van een minderjarige moeten voortvloeien als b. v. t. a. v. verhouding van het bestuur in het faillissement tot vaderlijke macht of voogdij;

toestand van den gefailleerde minderjarige, die beperkte handlichting heeft bekomen;

geldigheid van accoord d. w. z. overeenkomst met de crediteuren;

questies als in casu, enz.;

dat om deze reden het samenstel van de bepalingen der Faillissementswet den requestrant tot het besluit brengt, dat de wetgever het faillissement van minderjarigen niet heeft gewild, en minderjarigen daarom niet in staat van faillissement kunnen worden verklaard;

dat ook de kracht van de overweging, dat de medewerking van den minderjarige in zijn faillissement rationeel en gewenscht zoude zijn om op, zooveel mogelijk eervolle wijze uit den nadeeligen toestand van faillissement te geraken, aan den requestrant ontgaat, omdat de minderjarige 20 jaar kan wezen, zooals in casu, doch ook b. v. 20 maanden en in dat geval zijn optreden in het faillissement van weinig beteekenis mag worden genoemd;

dat de requestrant meent, dat zijne zienswijze, dat een minderjarige niet in staat van faillissement kan worden verklaard, ook op historischen grond verklaarbaar is, daar de aan de Faillissementswet voorafgegane bepalingen omtrent het Faillissement in het Wetboek van Koophandel slechts toepasselijk waren op kooplieden in den zin van art. 2 van het Wetb. van Koophandel, en minderjarigen deze hoedanigheid niet konden bezitten, daar zij onbekwaam zijn om overeenkomsten te treffen en dus geen daden van koophandel kunnen verrichten (Rb Groningen 4 Maart 1892, W. 6542);

dat onder de heerschappij van de genoemde vroegere bepalingen omtrent faillissement door de jurisprudentie dan ook is uitgemaakt, dat een minderjarige niet in staat van faillissement kan worden verklaard;

dat ook naar requestrants oordeel de wettelijke ver-

tegenwoordigers van een minderjarige in hunne qualiteit niet failliet kunnen worden verklaard;

dat deze toch nimmer kunnen gezegd worden „schuldenaren" te zijn wegens verbintenissen van de aan hun zorgen toevertrouwde minderjarigen;

dat dit ook reeds onder vigeur der Faillissementswet is uitgemaakt t. a. v. den curator van een onder curateele gestelde (Rb. Zwolle 13 Nov. 1896, W. 6893 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 Dec. 1896, W. 6905).

dat requestrant echter meent, dat uit het feit, dat de wettelijke vertegenwoordiger van een minderjarige in zijne qualiteit niet kan worden failliet verklaard, geenszins een argument valt te putten — zooals het Gerechtshof doet — voor de meening, dat de minderjarige zelf wel zou kunnen worden failliet verklaard, omdat in deze het argumentum a contrario niet mag worden toegepast, daar er nog eene derde mogelijkheid open is, nl. dat noch de minderjarige, noch diens wettelijke vertegenwoordiger qq in staat van faillissement zal kunnen worden verklaard;

dat requestrant dus op de gronden daarin vermeld, welke bij deze nader zijn toegelicht en staande gehouden, meent te kunnen persisteeren bij zijn request van verzet dd. 22 Sept. 1900, houdende verzoek voormeld vonnis dd. 7 Sept. 1900 en de daarbij uitgesproken faillietverklaring te vernietigen.

Weshalve requestrant zich wendt tot uw College met verzoek voormeld arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 24 Dec. 1900 te vernietigen, en voorts ook te vernietigen zijne faillietverklaring.

's-Gravenhage 31 Dec. 1900.
Groenmarkt 13.

'l Welkdoende enz.
(Get.) F. L. K.
advocaat.

Conclusie van den Proc.-Gen. Polis:

De Procureur-Generaal.

Gezien vorenstaand verzoekschrift,

Gehoord de raadslieden van partijen ter raadkamer van 10 Jan. 1901.

Met betrekking tot de beweerde niet ontvankelijkheid van deze voorziening op grond van de minderjarigheid van den requirant.

Overwegende, dat de requirant, bij vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage van 7 Sept. 1900 in staat van faillissement verklaard, tegen dat vonnis is gekomen in verzet, maar bij vonnis van de Rechtbank van 25 Sept. 1900, op grond van zijne minderjarigheid in zijn verzet niet ontvankelijk is verklaard; dat dit vonnis bij arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 24 Oct. 1900 is vernietigd, de requirant ontvankelijk is verklaard in zijn verzet en de zaak naar de Rechtbank is terruggewezen om omtrent dit verzet te beslissen, en dat, nadat de zaak te dien einde door den requirant bij de Rechtbank was aanhangig gemaakt, deze bij vonnis van 4 Dec. 1900 het verzet ongegrond heeft verklaard, uitspraak die bevestigd werd bij het arrest waartegen deze voorziening is ingesteld; dat dus het arrest van het Hof van 24 Oct. 1900, hoe onjuist ook in kracht van gewijsde is gegaan, daardoor het recht en de bevoegdheid van den requirant *om zelf* tegen het vonnis, waarbij hij failliet werd verklaard, verzet te doen on-

herroepelijk vaststaat en, waar dat het geval is, hem ook het recht niet kan worden ontzegd zijn verzet in appel en cassatie te handhaven, de procedure op het verzet voort te zetten.

Met betrekking tot het voorgestelde middel:

Overwegende, dat bij dit middel alleen gesteld wordt: Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1 en 8 der Faillissementswet; dat echter uit geene van die wetsbepalingen volgt, dat onjuist zoude zijn de beslissing van de Rechtbank, met welke het Hof zich heeft vereenigd, dat *„onjuist is de bewering van den requirant, waarop deze zijn verzet grondt, dat een minderjarige niet in staat van faillissement zou kunnen worden verklaard, daar hij kan verkeeren in den toestand van het ophouden van betalen door niet te voldoen aan verbintenissen wettig aangegaan en zelfs verbintenissen door hem zelf aangegaan eerst op zijne vordering nietig moeten zijn verklaard om niet geldig te zijn*; dat toch, wilde de requirant dit laatste als in strijd met de artt. 1366 en 1482 B. W. hebben beschouwd hij, om op dien grond cassatie te verkrijgen, schending of verkeerde toepassing van die wetsartikelen in zijn middel had moeten opnemen, terwijl uit den aard van het faillissement en de o. a. ook in art. 8 der Faillissementswet aan den gefailleerde toegekende rechten en bevoegdheden, of uit de beperkte bevoegdheid van den minderjarige tot het verrichten van rechtshandelingen ook niet volgt, dat een minderjarige in den zin der Faillissementswet niet kan zijn *een schuldenaar die opgehouden heeft te betalen en failliet kan worden verklaard*, vermits een minderjarige *schuldenaar kan zijn*, betaling van het door hem verschuldigde voor hem kan worden gedaan of geweigerd door zijnen wettigen vertegenwoordiger

(vader of voogd), als beheerder van zijn vermogen, en ook door dien vertegenwoordiger de rechten en bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend, die de minderjarige ter zake van zijn faillissement zelf zou kunnen uitoefenen indien hij meerderjarig was.

Men zie het arrest van 2 April 1897 en in verband daarmede dat van 2 Febr. 1897 (Rechtspr. Deel 175 § 51 en § 24).

Concludeert tot verwerping van het beroep.

Parket 14 Januari 1901.

Arrest H. R. van 15 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Recht doende op het verzoekschrift van J. C. P. S., rijwielhandelaar, wonende te Leiden, ten deze domicilie gekozen hebbende ten kantore van den Advocaat Mr. F. L. K. te 's-Gravenhage, requirant van cassatie tegen een arrest, door het Gerechtshof te 's-Gravenhage op 24 Dec. 1900 gewezen op het hooger beroep van den requirant van eene beschikking door de Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage van 4 Dec. 1900, gewezen krachtens terugwijzing bij arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 24 Oct. 1900, bij welk arrest met vernietiging eener beschikking van 25 Sept. te voren van dezelfde Rechtbank, die den verzoeker (requirant) op grond zijner minderjarigheid onbevoegd verklaarde om in rechten op te treden, is geoordeeld, dat hij in dit verzoek betreffende zijne faillietverklaring zelfstandig in rechten kan optreden en de zaak naar gemelde Rechtbank teruggewezen heeft, ten einde te beschikken op het verzet van den voornoemden requirant tegen het vonnis der Rechtbank op 7 Sept. uitgesproken, bij welk von-

nis de voornoemde requirant is verklaard te zijn in staat van faillissement;

Gelet op de toelichting in raadkamer van het verzoekschrift en de bestrijding namens den gerequestreerde, schuldeischer, op wiens verzoek de faillietverklaring is uitgesproken;

Gezien de stukken;

Gezien de conclusie van den Proc.-Gen., strekkende enz.

Overwegende, dat bij het beklaagde arrest is bevestigd de beschikking der Arrondissements-Rechtbank van 4 December 1900, waarbij is overwogen, dat het verzet van den requirant alleen op zijne minderjarigheid steunt en dat dit ongegrond is, vermits „onjuist „is, dat een minderjarige niet in staat van faillissement „zou kunnen worden *verklaard*, daar hij kan verkeeren in den toestand van het ophouden van be- „talen door niet te voldoen aan verbintenissen wet- „tig aangegaan en zelfs verbintenissen, door hem zelf „aangegaan, eerst op zijne vordering nietig moeten „zijn verklaard om niet geldig te zijn";

Overwegende, dat daartegen als middel van cassatie is aangevoerd: Schending en verkeerde toepassing van de artikelen 8 en 1 der Faillissementswet, omdat een minderjarige wegens het enkele feit zijner minderjarigheid niet in staat van faillissement kan worden verklaard en de tegengestelde zienswijze, dat een minderjarige, wegens den toestand van ophouden van betalen failliet kan verklaard worden en zelfstandig in het faillissement kan opkomen. onjuist is;

Overwegende met betrekking tot de ontvankelijkheid, dat de requirant bij het voormelde arrest van 24 Oct. 1900 ontvankelijk is verklaard om zelfstandig in rechten te verschijnen tot verzet tegen het vonnis

zijner faillietverklaring en dat in dat arrest is berust, zoodat de bevoegdheid van den requirant, om, hoewel minderjarig, zelfstandig op te treden in verzet tegen voormeld vonnis zijner faillietverklaring volgens rechterlijk gewijsde onherroepelijk vaststaat, en dat daaruit voortvloeit, dat hij in cassatie tot verdediging zijner rechten te dien opzichte zelfstandig kan optreden;

Overwegende, dat op grond van het rechterlijk gewijsde het beroep in cassatie derhalve ontvankelijk is;

Overwegende met betrekking tot het in het middel aangevoerde tegen de bovengemelde bevestigde beslissing der Rechtbank, dat volgens de artikelen 362, 441 en 443 van het Burg. Wetb. de vader of de voogd het bewind heeft over de goederen, aan een minderjarige toebehoorende;

dat hieruit volgt, dat, ofschoon een minderjarige zeer veel schulden hebben kan, het verzoek tot faillietverklaring, indien daartoe termen bestaan, moet gericht worden niet tegen den minderjarige zelven, maar tegen den vader of den voogd, die het bewind heeft en die hem, behoudens enkele in de wet uitdrukkelijk opgenoemde gevallen, in alle burgerlijke handelingen vertegenwoordigt;

dat, indien de wetgever bedoeld had, dat een minderjarige zelf in staat van faillissement zou kunnen worden verklaard, hij dit ongetwijfeld zou hebben uitgesproken, gelijk in artikel 3 der Faillissementswet ten aanzien van de gehuwde vrouw in bepaalde gevallen geschied is;

dat wel verre van eene dergelijke bepaling voor minderjarigen te behelzen, de Faillissementswet integendeel meerdere voorschriften bevat, waarin aan den gefailleerde de bevoegdheid gegeven wordt om voor zijne eigen rechten op te komen;

dat het tot groote moeilijkheden aanleiding zou geven, indien een minderjarige gefailleerde, die overigens niet zelfstandig in rechten kan optreden, dit tot handhaving van deze rechten wel zou kunnen doen, terwijl het even bezwaarlijk zou zijn, indien hij, buiten zijn vertegenwoordiger om, failliet verklaard was, aan te nemen, dat de handhaving dier rechten aan den vertegenwoordiger zou zijn opgedragen;

dat het Hof derhalve, door aan te nemen, dat een minderjarige zelf, onafhankelijk van zijn wettigen vertegenwoordiger zou kunnen verkeeren in een toestand, dat hij heeft opgehouden te betalen, art. 1 der Faillissementswet verkeerd heeft toegepast, en het middel alzoo als gegrond behoort te worden aangenomen;

Vernietigt mitsdien het arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage van den 24en Dec. 1900 en het vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te 's Gravenhage van den 4en Dec. 1900;

En, recht doende op het gedaan verzet:

Vernietigt mede het vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te 's Gravenhage van den 7en Sept. 1900;

Verklaart den oorspronkelijken verzoeker P. H. M. niet ontvankelijk in zijn op 4 Sept. 1900 ingediend verzoek tot failliet verklaring van J. C. P. S.

§ 42.

INGEBREKESTELLING. — ONTVANKELIJKHEID DER VORDERING.

Eene ingebrekestelling behoefde aan de hier ingestelde vordering tot ontbinding der tusschen partijen bestaande overeenkomst met schadevergoeding niet vooraf te gaan, omdat de uit die overeenkomst ontstaande verbintenis voor geïntimeerde medebracht, dat zij bij

niet-voldoening daarvan door het enkel verstrijken van den datum, waarop zij tot die voldoening was gehouden, in gebreke was.

Appellants vordering was dus ontvankelijk, maar moet, bij gebreke der verplichting van den geintimeerde, op wier niet-nakoming die vordering was gegrond, worden ontzegd.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

De ingestelde vordering strekt tot ontbinding van de tusschen de Regeering van Nederlandsch Indië en den Chinees T. H. T. bestaande wederkeerige overeenkomst, betreffende het zoutvervoer uit de dépôt-pakhuizen te Ragoeng of Pengaringan in de afdeeling Sampong, residentie Madura, naar de verschillende zoutverkooppakhuizen in de residentie Soerabaia, gedurende de jaren 1894, 1895 en 1896, wegens wanpraestatie van de zijde der Ned. Ind. Regeering. nu geintimeerde, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke wanpraestatie zou bestaan, dat de geintimeerde niet gezorgd had dat hare zoutverkooppakhuizen te Krandji, Grissee en Boengah, in de residentie Soerabaia, op elke van welke plaatsen slechts één zoutpakhuis aanwezig is, overeenkomstig de wettelijke bepalingen, d. i. overeenkomstig het voorgeschrevene bij Staatsblad 1850 nº 30, verdeeld waren in drie vakken, op de wijze daarbij vermeld, van elkander afgescheiden en afgesloten, doch die pakhuizen slechts in twee kleine vakken waren verdeeld.

Bij arrest evenwel van het Hoog Gerechtshof van Nederlandsch Indië dd. 18 Juni 1896 werd de eischer, nu appellant, niet-ontvankelijk verklaard in de door hem ingestelde rechtsvordering.

Die niet-ontvankelijkverklaring was, volgens het Hof,

daarop gegrond, dat de geintimeerde noch door een bevel of andere soortgelijke akte, noch uit krachte der door haar aangegane verbintenis zelve, in gebreke was gesteld.

Volgens het Hof is er dus in deze noch van eene bepaalde *in mora stelling*, noch van eene zoogenaamde *mora ex re* sprake.

De appellant, bewerende dat er hier wel degelijk eene in mora stelling heeft plaats gehad, beroept zich daartoe op een request, door hem den 15 Januari 1895 uit Soerabaia ingediend aan den directeur van Onderwijs, Eeredienst en Nijverheid. Daargelaten nu of zulk een verzoekschrift kan worden aangemerkt als eene „*andere soortgelijke* akte", waarvan art. 1238 Ind. B. W. = 1274 van ons B. W. spreekt, zoo is toch wel *dit* een vereischte, dat in dat verzoekschrift eene bepaalde *aanmaning* voorkome. (Cff. 's Raadsarresten van 19 December 1884 (v. d. Honert B. R. 50 bl. 238) en 8 Dec. 1892 (Id. ibid. 58 bl. 445). Men zal daarin tevergeefs naar een zoodanige *aanmaning* zoeken. Het stuk bevat eigenlijk niets anders dan een betoog van den verzoeker dat hij ten onrechte beboet is. En alleen aan het slot komt iets voor aangaande eene door hem gewenschte regeling met betrekking der verkooppakhuizen te Grissee en Boengah, opdat hij niet wederom het gevaar loope van beboet te worden. Wij lezen toch in dat verzoekschrift als resumtie het volgende: „Het bovenstaande resumeerende vermeent adressant UHEG. genoegzaam aangetoond te hebben, dat het niet aanwezig zijn der minimum voorraden zout in de pakhuizen te Grissee en Boengah op de verschillende data als vermeld in het besluit van den Resident van Soerabaia dd. 15

December 1894 no. 15336/38, geheel buiten zijne schuld is". En dan eindigt het stuk aldus:

„Redenen waarom rekwestrant eerbiedig de vrijheid neemt zich tot UHEdG. te wenden met het beleefd verzoek, dat het UHEdG. moge behagen de door adressant betaalde boeten, ad *f* 210 en *f* 183.76 te willen doen restitueeren en ten aanzien der zoutverkooppakhuizen te Grissee en Boengah de noodige regeling te willen doen treffen, zooals het UHEdG. noodig zal oordeelen, opdat adressant voortaan niet in dezelfde moeielijkheden verkeere, zooals onderwerpelijk het geval is". De beleefde vorm, waarin dit verzoekschrift is gesteld, zou daarom de kracht eener sommatie niet kunnen ontnemen wanneer die er werkelijk in lag, maar, zooals uit den inhoud van dit stuk blijkt, is daarin van eenige aanmaning, bedoeld bij art. 1238 N. I. Wetboek, geen schijn noch schaduw.

Heeft men dan ten deze wellicht te denken aan eene *mora ex re*?

De in deze aangegane overeenkomst strekt partijen tot wet. Maar daarin wordt van de bepalingen van het Besluit van 1850 (Stbl. van Ned. Indië. no. 30) met geen enkel woord melding gemaakt.

Bij die overeenkomst is alleen sprake van vervoer van zout naar de daarin genoemde zoutverkooppakhuizen. Meer niet.

Bovendien kan uit dat Besluit het bestaan van eenige verplichting der Regeering *tegenover den appellant* geenszins worden afgeleid, omdat het alleen bepalingen bevat van *fiscalen* of *administratieven* aard, „voorschriften" namelijk „ter verzekering *van toezicht over de administratie* bij de zoutverkooppakhuizen in Nederlandsch Indië," meer bijzonder tegenover den *pakhuismeester*.

In elk geval kunnen deze bepalingen voor den appellant geene andere beteekenis hebben dan dat hij *niet aansprakelijk* is voor het niet voldoen aan de bij overeenkomst hem opgelegde verplichtingen, ingeval de pakhuizen onvoldoende zijn ingericht. Volgens het contract, heeft de appellant slechts het zout te vervoeren naar de daarbij aangeduide zoutverkooppakhuizen. Is in die pakhuizen geen voldoende ruimte, dan laadt hij daarin het zout voorzoover de ruimte strekt en slaat het overige daarbuiten op. Hij kan dan desnoods bij deurwaardersexploot de Regeering sommeeren om hem in staat te stellen het aangevoerde zout onder dak te brengen. En wordt aan die sommatie niet voldaan, dan blijft hem nog een beroep over op *overmacht* (art. 28 van het contract). Dat artikel toch luidt aldus: „Indien de aannemer zich op overmacht of toeval (force majeure) beroept, moet hij het bestaan daarvan ten genoegen van den Directeur van Onderwijs, Eeredienst van Nijverheid bewijzen". En in het gestelde geval zal hem dat bewijs wel niet moeielijk vallen.

Nog wordt. m. i. zeer te recht in het bestreden arrest overwogen:

„dat de onderwerpelijke overeenkomst noch ipsis verbis inhoudt, noch uit haren aard medebrengt, dat de gedaagde door de enkele niet nakoming der bedoelde verplichting in gebreke zal zijn, noch ook dat die verplichting slechts kon vervuld worden binnen zekeren tijd, welken zij heeft laten voorbijgaan, daar de overeenkomst beoogt het bovenomschreven transport van zout niet voor ééne enkele maal, doch voor een tijdvak van drie achtereenvolgende jaren, en dientengevolge dan ook niet is van zoodanigen aard, dat dit oogmerk volmaakt wordt verijdeld en het belang, dat partijen bij hun uitvoering hebben, ten

eenenmale komt te vervallen door het enkele feit, dat de zoutverkooppakhuizen op zeker tijdstip niet op de door den eischer aangegeven wijze waren ingericht, derhalve eene verdeeling in drie vakken misten". Immers krachtens art. 2 van het contract was de eischer verplicht van 1 Januari 1894 af het zout te vervoeren, en het verzoekschrift, waarin de zoogenaamde sommatie zou zijn vervat, draagt de dagteekening van 15 Januari 1895, zoodat de eischer, wel verre van niet in staat te zijn om zijne verplichtingen te voldoen, die gedurende meer dan een jaar werkelijk heeft vervuld.

Ik ben dus van oordeel dat de appellant door het bestreden arrest niet is bezwaard en dat dit juist is gewezen, zoodat ik de eer heb te concludeeren tot bevestiging daarvan, met veroordeeling van den appellant in de kosten.

Arrest H. R. van 15 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Ten aanzien der feiten en gevoerde procedures:

Overnemende wat daaromtrent is vermeld in het arrest, door het Hoog Gerechtshof van Ned. Indië den 18en Juni 1896 tusschen partijen gewezen, waarvan het dictum luidt: passeert den eisch incidenteel subsidiair van de gedaagde, verklaart den eischer niet-ontvankelijk met de door hem ingestelde vordering, verwijst hem in de betaling der kosten, en voorts:

Overwegende, dat de eischer van dit arrest bij exploot van den 15en Juli 1896 is gekomen in hooger

beroep en dat, na beteekening van eene memorie van bezwaren van de zijde des appellants en van een memorie van antwoord van de zijde der geïntimeerde, partijen hebben geconcludeerd, gelijk in hare terechtzitting genomen conclusiën vermeld staat;

En ten aanzien van het recht:

O., dat geïntimeerde bij heraanbesteding den 19en Sept. 1893 voorloopig en den 3en Nov. 1893 definitief aan den appellant heeft toegewezen, te rekenen van den eersten Januari 1894 tot en met 31 Dec. 1896, het zouttransport uit de van gouvernementswege aan te wijzen depotpakhuizen te Ragoong of Pengaringan in de afdeeling Sampang, residentie Madoera, naar de verschillende zoutverkooppakhuizen in de residentie Soerabaya:

O., dat de appellant den 26en Juni 1895 tegen de gentimeerde bij het Hoog Gerechtshof van Ned. Indië heeft ingesteld eene vordering tot ontbinding van voormelde overeenkomst wegens wanpraestatie van geïntimeerde, met veroordeeling van deze tot vergoeding van kosten, schaden en interessen en in de proceskosten, welke wanpraestatie hierin zou bestaan, dat, tegenover appellants gehoudenheid om in bedoelde zoutverkooppakhuizen steeds zekere minimum hoeveelheid zont voorhanden te hebben, de geïntimeerde was verplicht te zorgen, dat in die plaatsen, waar slechts één zoutpakhuis aanwezig was, dit, overeenkomstig het besluit van den Gouverneur-Generaal van Ned. Indië van den 19en Sept. 1850 n°. 9, Indisch Staatsblad 1850 n°. 30, verdeeld was in minstens drie vakken, n. l. één voor den verkoop, één voor de opschuring van voorraad en een voor de inname van nieuwen aanbreng, en wel zoodanig van elkander afgescheiden en afgesloten, dat van het eene vak tot het andere geen

toegang mogelijk is, terwijl te Krandji, te Grissee en te Boengah, dus in drie plaatsen der residentie Soerabaya, het eenig aanwezig zoutverkooppakhuis niet op die wijze verdeeld en ingericht was, doch slechts in twee vakken was verdeeld;

O., dat de appellant bij het bestreden arrest in voormelde rechtsvordering is verklaard niet-ontvankelijk, uit overweging, dat de geïntimeerde noch door een bevel of andere soortgelijke akte, noch uit kracht der door haar aangegane verbintenis zelve, in gebreke is gesteld;

O. hieromtrent, dat, wanneer voormelde den 3en Nov. 1893 definitief tot stand gekomen overeenkomst, die den eersten Jan. 1894 in werking moest treden, de verbintenis van geïntimeerde inhield om den appellant, ter vervulling zijner op den eersten Januari 1894 aanvangende verplichtingen, zoutverkooppakhuizen beschikbaar te stellen, die aan voormelde voorschriften van het besluit van den 19en Sept. 1850 voldeden, zij daartoe reeds den eersten Januari 1894 was gehouden en hare verbintenis medebracht, dat zij door het enkel verstrijken van dezen datum in gebreke was, zoodat de appellant bij het bestreden arrest ten onrechte in zijne vordering niet-ontvankelijk zoude zijn verklaard;

O. echter, dat voormelde overeenkomst van voormeld besluit van 1850 geen gewag maakt en niets inhoudt, waaruit zou zijn af te leiden eene verplichting van geïntimeerde om hare ter appellants beschikking te stellen zoutverkooppakhuizen ingericht te hebben overeenkomstig de bepalingen van meergemeld besluit, hetwelk slechts voorschriften bevat ter verzekering van toezicht over de administratie bij de zoutverkooppakhuizen in Ned. Indië, derhalve voorschriften enkel

in het belang der Regeering zonder eenig blijk van bedoeling, dat daaruit zou volgen eenige verplichting der Regeering tegenover eenen medecontractant, gelijk de appellant;

O., dat, bij het ontbreken der verplichting, op wier niet-nakoming door geïntimeerde de appellant zijne; vordering heeft gegrond, hem deze moet worden ontzegd

Vernietigt het arrest, door het Hoog Gerechtshof van Ned. Indië den 18en Juni 1896 tusschen partijen gewezen, voor zoover daarbij de eischer is verklaard niet-ontvankelijk in de door hem ingestelde vordering;

Bevestigt overigens dit arrest;

Verklaart den appellant in zijne vordering ontvankelijk;

Ontzegt hem deze vordering;

Veroordeelt den appellant in de kosten, ook van het hooger beroep.

§ 43.

BSWIJSMIDDELEN. — KWIJTSCHELDING VAN SCHULD.

Nergens is bepaald, dat de rechter beperkt is in het gebruik, dat hij meent te mogen maken van een door eene der partijen in het geding bijgebracht bewijsmiddel, ook al volgt daaruit een bewijs tegen die partij, mits het gebezigde bewijsmiddel bij de wet als zoodanig is erkend en toegelaten.

Het hof mocht dan ook uit eene door den oorspronkelijken gedaagde qq, eischer in cassatie, overgelegde schuldbekentenis het zelfstandig bewijs afleiden van het bestaan der gevorderde schuld, waarvan de aflossing door den gedaagde qq. was beweerd.

Een beroep op art. 1475 B. W. kon hier, waar al-

leen een beroep was gedaan op betaling, niet op kwijtschelding der schuld, den gedaagde qq. niet baten.

Conclucie van den Proc.-Gen. Polis:

De Spaarbank van het Departement Zeist der Maatschappij tot Nut van het algemeen heeft van de gemeente de Bildt gevorderd de terugbetaling eener som van *f* 3000, op 1 Jan. 1889 door de gemeente van haar ter leen ontvangen, met de renten dier som ad 4 pCt. sedert 1 Jan. 1893. De gemeente ontkende de gevorderde som alsnog schuldig te zijn, daar hoofdsom en rente door den ontvanger der gemeente op 2 Jan. 1890 waren gekweten ten blijke waarvan zoo beweerde de gemeente, de Spaarbank zoowel het oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs ten behoeve der gemeente heeft teruggegeven, als voor de rentebetaling gequiteerd. De Rechtbank wees echter de vordering toe en die uitspraak werd bevestigd bij het arrest waartegen deze voorziening is gericht.

Het voorgestelde middel noemt als geschonden en verkeerd toegepast de artt. 1417, 1474, 1475, 1902, 1903, 1904, 1911, 1912, 1915, 1922, 1923, 1925, 1953, 1958 en 2014 B. W. 148 oud en 833 Rechtsv., en zulks om twee redenen. Vooreerst omdat het Hof als schriftelijk bewijs van eischers verbintenis heeft aangenomen de akte van schuldbekentenis, schoon deze was niet in het bezit van verweerder, die, als beweerd schuldeischer, de vordering had te bewijzen, maar van eischer, die, als aangesproken schuldenaar, de schuld betwistte en die het stuk produceerde tot staving van zijn door de Rechtbank, wegens diens niet overlegging verworpen beroep op art. 1475 B. W., terwijl de verweerder de akte noch als gemeen-

goed, noch als zijn eigendom hetzij door dwanguitgifte of hoe ook had gevorderd.

Het moge waar zijn dat de rechter zijne beslissing niet mag gronden op akten die niet in het proces zijn gebracht, dat eene partij niet kan gedwongen worden in het proces te brengen stukken die haar toebehooren en waarop de tegenpartij geen recht heeft; in de wet is nergens te lezen, dat tegen dengene die eene in zijn bezit zijnde akte vrijwillig in het geding heeft gebracht, die akte niet als schriftelijk bewijs mag worden gebezigd, en al wat gepleit is moge kunnen strekken ten betooge, dat al staat dat niet in de wet het toch zoo is, of zoo behoorde te zijn, kan hier niet in aanmerking komen, omdat niet naleving of verkeerde toepassing van een rechtsregel slechts dan tot cassatie kan leiden, wanneer die rechtsregel in de wet is opgenomen.

De in het middel genoemde wetsbepalingen zouden zijn geschonden of verkeerd toegepast in de tweede plaats omdat, ondersteld ook al dat het Hof, krachtens die productie, den bewijslast van kwijting had mogen leggen op den eischer, dan toch het Hof het beroep op art. 1475 B. W. niet had mogen uitsluiten, en allerminst, waar de wet slechts vordert vrijwillige teruggave (daargelaten hoe zich op dat punt de bewijslast moge verdeelen), het effect van art. 1475 had mogen ontzeggen, op grond dat des eischers vermoeden, als zou feitelijke aflossing het motief der afgifte zijn geweest zich niet had bewaarheid.

De beslissing van het Hof is, dat de appellant (nu eischer) zich op *betaling* beroepende daarvan geen enkel bewijs bijbracht, maar die alleen stelde als gevolgtrekking uit de afgifte van de schuldbekentenis aan den ontvanger en de aanwezigheid daarvan bij

de gemeenterekening van 1889, maar dat de door den appellant uit de afgifte der meergemelde schuldbekentenis aan den ontvanger en de aanwezigheid daarvan bij de gemeenterekening gemaakte gevolgtrekking, dat de schuld zou zijn betaald, is in strijd met de werkelijkheid. De eenige verdediging van den eischer is dus geweest een beroep op *betaling*, en te recht is door den verweerder opgemerkt dat bij het beklaagde arrest (men zie de 3e overweging in fine) het effect van artikel 1475 niet is ontzegd, gelijk de eischer stelt, op grond dat zijn vermoeden als zou feitelijke aflossing het motief der afgifte zijn geweest, zich niet had bewaarheid, maar op grond dat artikel 1475 niet toepasselijk is, een beroep op dat artikel is uitgesloten, daar waar geen beroep op *kwijtschelding* maar op *betaling* is gedaan. En ik geloof dat dit juist is.

Wat het woord *kwijtschelding* naar zijne etymologie, waarop door den pleiter voor den eischer gewezen werd, ook moge kunnen beteekenen, in de taal der samenleving beteekent het wat in het Fransch heet *remise*, vrijstelling van de verplichting om aan de verbintenis te voldoen, en niet twijfelachtig is het dat het in onze wet niet beteekent *betaling*. Want de kwijtschelding wordt in art. 1417 B. W. naast de betaling, dus als iets anders dan betaling genoemd en afgescheiden van deze laatste in de 6e afd. van den 4en titel van het derde boek behandeld; en daar de kwijtschelding in art. 1417 genoemd wordt als eene der wijzen waarop verbintenissen tenietgaan, zoo kan het woord *kwijtschelding* in het B. W. ook niet de beteekenis hebben, die het in de gewone taal niet heeft, van alle wijzen van bevrijding te omvatten, van synoniem te zijn met bevrijding.

Waarom art. 1475 B. W. spreekt van *kwijtschelding*,

terwijl art. 1282 C.C. bepaalt dat de remise volontaire du titre.... *fait preuve de libération*, dus zoowel van kwijtschelding als van elke andere wijze van bevrijding (van kwijtschelding of bevrijding der schuld, zegt de officieele vertaling en ook art. 1198 van het Wetboek Lodewijk Napoleon) blijkt niet, maar dat is geene reden om in art. 1475 iets anders te lezen dan er in staat, en zoo doende uitbreiding te geven aan eene wetsbepaling die, omdat zij eene wettelijke praesumtie schept, van stricte interpretatie is. De vrijwillige teruggave van het onderhandsch bewijs aan den schuldenaar bewijst volgens onze wet de *kwijtschelding* der schuld, zij levert dus op een wettelijk vermoeden voor de *kwijtschelding*, voor de *betaling* kan zij slechts zijn een feitelijk vermoeden waarop het den rechter, mits zich houdende aan de bepalingen van art. 1959, vrijstaat te letten en nooit kan de rechter door er voor de betaling niet op te letten, de wet schenden, omdat hij in dit opzicht volkomen vrij is.

De defensie van den oorspronkelijken gedaagde, nu eischer, was liberatie *door betaling*, en betaling was door de teruggave van de schuldbekentenis niet bewezen, en waar de oorspronkelijke gedaagde alleen bevrijding *door betaling* beweerde, zou de rechter, had hij de vordering ontzegd op grond van *kwijtschelding*, blijkende uit de teruggave van de schuldbekentenis, een feitelijk, door partijen niet aangevoerd element in den rechtsstrijd betrokken hebben, waartoe hij niet bevoegd zou zijn geweest.

Bij deze opvatting acht ik het onnoodig mij te begeven in de vraag, of art. 1475 bevat een *praesumtio juris et de jure* of slechts eene *praesumtio juris*. Voor het laatste verwees de pleiter voor de verweerderes naar het arrest van 13 Dec. 1872, W. nº. 3543

en is dat zoo, dan zou hier, ook al nam men aan dat de terruggave van het stuk een wettelijk vermoeden oplevert ook voor de betaling, toch in deze, die terrugave te recht niet als bewijs der betaling in aanmerking zijn genomen, omdat, volgens de feitelijke beslissing in de 8e overweging van het arrest, de bewering, dat de schuld is betaald, in strijd is met de werkelijkheid.

Ik besluit met eene verwijzing naar het arrest van 12 Nov. 1900, Wbl. 7525, waar de Raad (Kamer van Strafzaken) zich aldus uitdrukt: dat de wet is de „in haar tekst uitgedrukte wil des wetgevers; dat „wel, waar die tekst voor verschillende uitleg„ging vatbaar is, des wetgevers van elders geble„ken bedoeling in aanmerking mag en moet komen „tot recht verstand der wet, maar dat zoodanige be„doeling nooit kan gelden als wet in strijd met de „woorden, waarvan de wetgever zich heeft bediend „om zijn wil uit te drukken; dat deze beginselen in „de artt. 932 en 933 B. W. uitdrukkelijk gehuldigd „voor de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen „en mede in de artt. 1378 en 1379 voor de uitleg„ging van overeenkomsten, die ingevolge art. 1374 par„tijen „tot wet" strekken, uit den aard der zaak even„eens gelden bij de toepassing der wet en van alle wet„telijke verordeningen." Dat is, dunkt mij, zoo duidelijk als juist, en de uitlegging in deze door den eischer aan art. 1475 B. W. gegeven, zal dus als onjuist moeten worden ten zijde gesteld, omdat zij in strijd is met de woorden waarvan de wetgever zich in dat wetsartikel heeft bediend om zijn wil uit te drukken.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer qq. in de kosten.

Arrest H. R. van 15 Febr. 1901:

De Hooge Raad der Nederlanden.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam op den 15en Dec. 1899 tusschen partijen gewezen, als eenig middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1417, 1474, 1475, 1902, 1903, 1904, 1911, 1912, 1915, 1922, 1923, 1925, 1953, 1958 en 2014 van het B. W., 148 oud en 833 van het W. v. B. R., omdat het Hof als schriftelijk bewijs van eischers verbintenis heeft aangenomen de akte van schuldbekentenis, schoon deze was niet in het bezit van verweerder, die, als beweerd schuldeischer, de vordering had te bewijzen, maar van eischer, die, als aangesproken schuldenaar, de schuld betwistte en die het stuk produceerde tot staving van zijn door de Rechtbank, wegens diens niet overlegging, verworpen beroep op art. 1475 van het B. W., terwijl de verweerder de akte noch als gemeen goed, noch als zijn eigendom, hetzij door dwanguitgifte of hoe ook had opgevorderd; en voorts: omdat, ondersteld ook al dat het Hof, krachtens die productie, den bewijslast van kwijting had mogen leggen op den eischer, dan toch het Hof het beroep op art. 1475 van het B. W. niet had mogen uitsluiten en allerminst, waar de wet slechts vordert vrijwillige teruggave (daargelaten hoe zich op dat punt de bewijslast moge verdeelen), het effect van art. 1475 had mogen ontzeggen, op grond dat des eischers vermoeden, als zou feitelijke aflossing het motief der afgifte zijn ge-

weest, zich niet had bewaarheid;

O. daaromtrent, dat blijkens het bestreden arrest, de verweerderes en haar Bestuur van den eischer in zijne hoedanigheid van Burgemeester der gemeente de Bildt, terugbetaling vordert van eene som van drie duizend gulden met de verschuldigde rente, wegens op den eersten Jan. 1889 aan die gemeente door de Spaarbank van het Departement Zeist der Maatschappij „tot Nut van het Algemeen" ter leen verstrekte gelden;

dat die vordering door den oorspronkelijken gedaagde in zijne hoedanigheid, thans eischer in cassatie, is bestreden o. a. met de bewering, dat de schuld op 2 Jan. 1890 door den gemeenteontvanger gekweten was, ten blijke waarvan de Spaarbank zoowel het oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs ten behoeve der gemeente had teruggegeven, als voor de rentebetaling gequiteerd;

O., dat bij vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Utrecht van 30 Juni 1897 de vordering aan de tegenwoordige verweerders is toegewezen o. a. ook omdat niet was bewezen dat de schuld gekweten was, nu de oorspronkelijke gedaagde in zijne hoedanigheid in gebreke was gebleven om aan te toonen, dat hij werkelijk in het bezit van het oorspronkelijk schuldbewijs was;

O., dat de oorspronkelijke gedaagde in zijne hoedanigheid van dat vonnis is gekomen in hooger beroep en alstoen de oorspronkelijke schuldbekentenis in het geding heeft overgelegd, benevens het mandaat waaraan het is gehecht, waarna het Hof bij het thans bestreden arrest heeft aangenomen, dat de door de Spaarbank gestelde geldleening door die stukken zelfstandig bewezen was;

O., dat tegen deze beslissing het eerste gedeelte van

het middel van cassatie gericht is, doch dat hetgeen daarbij wordt aangevoerd geen steun vindt in de wet;

dat toch nergens is bepaald, en in het bijzonder uit de aangehaalde wetsartikelen niet volgt, dat de rechter beperkt is in het gebruik dat hij meent te moeten maken van een door een der partijen in het geding bijgebracht bewijsmiddel, ook al volgt daaruit een bewijs tegen die partij, mits het gebezigde bewijsmiddel bij de wet als zoodanig is erkend en toegelaten;

dat het Hof dus ook niet in aanmerking behoefde te nemen dat, de overgelegde schuldbekentenis niet in het bezit was van de schuldeischeres, die als oorspronkelijke eicheres de vordering had te bewijzen, maar zeer wel van dat geschrift, hetwelk vrijwillig in het geding gebracht was, gebruik mocht maken om daaraan tegenover den oorspronkelijken gedaagde in zijne hoedanigheid het bewijs der gesloten geldleening te ontleenen;

O., dat het Hof, na, als hiervoor is vermeld, op grond van de in het geding gebrachte oorspronkelijke schuldbekentenis het bestaan der geldleening als zelfstandig bewezen te hebben aangenomen, overweegt:

„dat te recht bij het vonnis a quo op den appel„lant (thans eischer) is gelegd de bewijslast der door „hem beweerde kwijting, waaronder niet anders dan „betaling is te verstaan en waardoor een beroep op art. 1475 van het B. W. is uitgesloten";

O., dat door die uitsluiting art. 1475 van het B. W. niet is geschonden, zooals bij het tweede gedeelte van het middel beweerd wordt;

dat toch betaling en kwijtschelding van schuld twee afzonderlijke wijzen zijn waarop eene verbintenis kan tenietgaan, en die in de wet, evenals in het ontwerp van 1820, uitdrukkelijk van elkander worden onder-

scheiden, zooals blijkt, zoowel uit art. 1417 van het B. W. als uit de afzonderlijke behandeling dier beide onderwerpen in de eerste en zesde afdeelingen van titel IV van Boek III van het B. W.;

dat dus, waar alleen een beroep op betaling was gedaan, zooals in deze feitelijk vaststaat, het Hof ook alleen had te onderzoeken, en inderdaad ook onderzocht heeft, of van deze wijze van tenietgaan der verbintenis gebleken was, en niet behoefde te treden en zelfs niet kon treden in een onderzoek der vraag of de verbintenis uit de geldleening ontstaan, op eene andere wijze was tenietgegaan, namelijk door kwijtschelding van schuld, overeenkomstig art. 1475 van het B. W.;

O., dat mitsdien het middel van cassatie in zijne beide onderdeelen is ongegrond;

Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in zijne hoedanigheid in de kosten daarop gevallen.

§ 44.

FEITELIJKE BESLISSING.

Volgens de feitelijke beslissing van het bestreden vonnis betrof het in de onderhavige zaak verkoop en levering van andere goederen, dan die, bedoeld bij de vordering ingesteld bij dagvaarding van 10 *Febr.* 1900, *waaraan is voldaan, op welke beslissing afstuit de bewering van het eerste middel van cassatie, dat door die vroegere dagvaarding (van de vordering van* 10 *Febr.* 1900) *de ongegrondheid der tegenwoordige vordering werd bewezen.*

De Rechtbank heeft bij het bestreden vonnis den eisch niet — gelijk bij het tweede cassatiemiddel wordt be-

weerd — veranderd, als berustende op eene vergissing in de vroegere dagvaarding van 10 *Febr.* 1900, *maar dien, nu ingestelden eisch, door bevestiging van het vonnis des eersten rechters, toegewezen.*

Concl. van den Proc.-Gen. Polis:

De eischeresse in cassatie werd door den Kantonrechter te 's-Gravenhage veroordeeld om aan den verweerder in cassatie te betalen de som van *f* 54,89 door haar *per resto* aan den verweerder verschuldigd voor haar door den verweerder in 1899 verkochte en geleverde goederen. Van dat vonnis kwam de eischeresse in appel, en nu was haar eenige grief, dat de geïntimeerde in zijne vordering had moeten zijn niet-ontvankelijk verklaard; dat toch de geïntimeerde haar reeds op 10 Febr. 1900 voor den Kantonrechter had doen dagvaarden tot betaling van *f* 10,60 als restant van het door hem aan haar verschuldigde wegens door hem aan haar in 1899 verkochte en geleverde goederen, aan welke vordering door haar door betaling van hoofdsom, rente en kosten was voldaan, en dus de geïntimeerde, die niet eens stelt zich bij de vroegere dagvaarding te hebben vergist en geene nadere uiteenzetting van het bij de eerste gelegenheid als verkochte en geleverde en van het thans verkochte en geleverde geeft, niet ontvankelijk is om nogmaals wegens dezelfde oorzaak een *saldo* te vorderen. En nu besliste de Rechtbank, dat, blijkens den samenhang der in het vonnis vermelde handelingen en de dingtalen, appellante op de thans uitgebrachte dagvaarding in eerste instantie en tijdens de procedure, wist dat zij nu werd gedagvaard wegens verkoop en levering van andere goederen dan ten grondslag lagen aan de vordering van geïntimeerde,

waaraan zij voldeed, en het haar, blijkens hare verklaring in de zaak van W. tegen haar voor het Kantongerecht (in welke zaak zij erkende het door W. gevorderde aan L., den nu verweerder schuldig te zijn) bekend was welke vordering toen was ingesteld en zij dus ook wist welke vordering nu aanhangig werd gemaakt, zoodat zij geen beroep kan doen op de niet duidelijke uiteenzetting van de verkochte en geleverde goederen. De Rechtbank oordeelde dus de ingestelde vordering ontvankelijk en, overwegende dat de feitelijke grondslag der ingestelde vordering noch in eerste instantie, noch in hooger beroep door de gedaagde was betwist, bevestigde de Rechtbank het vonnis van den Kantonrechter.

Het eerste tegen het vonnis der Rechtbank aangevoerde middel luidt: Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1902, 1903, 1904, 1905, 1907 B. W. en de artt. 45 en 48 Rv. — omdat niet is gelet op eene door de oorspronkelijke gedaagde in het geding gebrachte authentieke akte (het exploot van 10 Febr. 1900), waarmede de ongegrondheid der vordering werd bewezen.

Het middel mist zijn feitelijken grondslag, want de Rechtbank heeft wel gelet op het exploot van dagvaarding van 10 Febr. 1900, maar beslist dat de schuld, waarvan betaling bij die dagvaarding gevorderd werd, voortsproot uit verkoop en levering van andere goederen, dan die voor welker verkoop en levering thans betaling geeischt wordt; en die beslissing, steunende op de uitlegging der dagvaarding op de beoordeeling van de strekking der dagvaarding, is van feitelijken aard en dus in cassatie onaantastbaar; en is dat zoo, staat het vast dat de dagvaarding van 10 Febr. 1900 betrekking had op eene andere schuld

dan die, waarvan in dit geding betaling gevorderd wordt, dan kan de Rechtbank ook de wet niet geschonden hebben door de thans ingestelde vordering niet op grond van die dagvaarding ongegrond te verklaren, maar vermits de feitelijke grondslag van de nu aanhangige vordering noch in eerste instantie, noch in hooger beroep door de gedaagde was betwist, het vonnis van den Kantonrechter, waarbij die vordering werd toegewezen, te bevestigen.

Het tweede middel is „Schending en verkeerde toepassing van de artt. 5,n° 3, 45, 48 en 134 Rv. omdat de vordering, blijkens de oorspronkelijke dagvaarding strekte tot betaling van het over 1899 verschuldigde *saldo* (hetwelk reeds was betaald) en de Rechtbank bij haar vonnis het onderwerp van den eisch heeft veranderd door aan te nemen, dat de vordering berustte op eene vergissing in het vroegere exploot van dagvaarding.

De Rechtbank heeft niets anders beslist dan dat de vordering tot betaling van *f* 54,89 gedaan is voor den verkoop en de levering van andere goederen dan die waarop de dagvaarding van 10 Febr. 1900 betrekking had; en de eischeresse veroordeelende tot betaling van het gevorderde bedrag van *f* 54,89 heeft zij niet het onderwerp van den eisch veranderd, maar den eisch, die gedaan was, toegewezen; terwijl indien de Rechtbank iets anders of meer had toegewezen dan was geeischt de eischeresse redres had moeten vragen niet door het middel van cassatie, maar door dat van request civiel.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van de eischeresse in de kosten.

Arrest H. R. van 15 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende tot enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het vonnis, door de Arr. Rechtb. te 's-Gravenhage den 7en Nov. 1900 tusschen partijen gewezen, twee middelen van cassatie zijn voorgesteld namelijk:

I. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1902, 1903, 1904, 1905, 1907 B. W. en de artt. 45 en 48 Wetb. v. B. R., omdat niet is gelet op een door de oorspronkelijke gedaagde in het geding gebrachte authentieke akte (het exploot van 10 Febr. 1900), waarmede de ongegrondheid der vordering werd bewezen;

II. Schending en verkeerde toepassing der artt. 5 no. 3, 45, 48 en 134 Wetb. v. B. R., omdat de vordering, blijkens de oorspronkelijke dagvaarding, strekte tot betaling van het over 1899 verschuldigde saldo (hetwelk reeds was betaald) en de Rechtbank bij haar vonnis het onderwerp van den eisch heeft veranderd door aan te nemen, dat de vordering berustte op eene vergissing in het vroegere exploot van dagvaarding van den 10en Febr. 1900;

ten aanzien van het eerste middel:

O., dat bij het bestreden vonnis is beslist, „dat de „vordering, door den nu geïntimeerde (verweerder in „cassatie) ingesteld tegen de nu appellante, eischeresse „in cassatie, bij dagvaarding van den 10en Febr. 1900, „aan welke vordering is voldaan, in haar oorzaak „niet omvatte de oorzaak van de vordering, die toen „door gezegden W. tegen haar werd ingesteld, als „lastgever van den nu geïntimeerde", en verder: „dat

„de appellante op de thans uitgebrachte dagvaarding in „eerste instantie en tijdens de procedure wist, dat zij „nu werd gedagvaard wegens verkoop en levering van „andere goederen, dan ten grondslag lagen aan de vor- „dering van geïntimeerde, waaraan zij voldeed";

O., dat hieruit blijkt, dat de Rechtbank *wel* heeft gelet op de dagvaarding van den 10en Febr. 1900 in eene vroegere zaak en tevens dat het, volgens de feitelijke beslissing van het bestreden vonnis, in de tegenwoordige zaak betrof verkoop en levering van andere goederen, dan die, bedoeld bij de vordering van 10 Febr. 1900, waaraan is voldaan, op welke beslissing afstuit de bewering van het middel, dat door deze vroegere dagvaarding de ongegrondheid der tegenwoordige vordering werd bewezen;

Ten aanzien van het tweede middel:

O., dat blijkens het bestreden vonnis, de vordering des verweerders strekte tot betaling, niet van een reeds betaald saldo, maar van een bedrag van *f* 54,89, wegens verkoop en levering van andere goederen dan ten grondslag lagen aan de vordering van den verweerder, waaraan de eischeresse voldeed, dat de Rechtbank bij het bestreden vonnis dien eisch niet, gelijk bij het cassatiemiddel wordt beweerd, heeft veranderd, als berustende op eene vergissing in de vroegere dagvaarding van den 10en Febr. 1900, maar dien, nu ingestelden, eisch, door bevestiging van het vonnis des eersten rechters, heeft toegewezen;

O., dat dus beide cassatiemiddelen zijn ongegrond;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt de eischeresse in de kosten van cassatie.

§ 45.

VRIJSPRAAK (ZUIVERE).

De in deze zaak gegeven beslissing is eene zuivere vrijspraak, bij name berustende op het niet aanwezig zijn van de onmisbare elementen der den beklaagden ten laste gelegde strafbare poging tot misdrijf.

Tegen deze vrijspraak is alzoo een gewoon beroep in cassatie niet ontvankelijk.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

De heer Proc.-Gen. bij het Gerechtshof te Amsterdam is van oordeel, dat de in deze zaak laatstelijk gegeven vrijspraak, metterdaad is een niet op de wet steunend ontslag van rechtsvervolging en heeft zich mitsdien tegen 's-Hofs beslissing in cassatie voorzien, als éénig middel van cassatie voorstellende: Schending door niet toepassing van de artt. 45 jcto 326 Wetb. v. Strafr.

Alvorens dit middel te bespreken, heb ik in de eerste plaats te onderzoeken, of deze voorziening ontvankelijk is?

Die vraag beantwoord ik ontkennend.

Volgens uwe constante jurisprudentie, waarvoor ik verwijs o. a. naar uwe arresten van 27 Mei 1889, W. 5727, 17 Juni 1889, W. 5743, en 24 Juni 1889, W. 5744 is het gewoon beroep in cassatie uitgesloten, indien eene uitgesproken vrijspraak berust op het niet bewezen zijn van een der in de dagvaarding als bestanddeel van het ten laste gelegde feit opgenomen. In casu berust de vrijspraak uitsluitend en alleen, afgezien van alle rechtskundige beschouwingen op de overweging, dat het Hof niet wettig en overtuigend bewezen acht 't geen aan beklaagden bij dagvaarding, voor zoover dit aan 's-Hofs oordeel is onderworpen,

is ten laste gelegd; en het Hof preciseert deze beslissing nader door daaraan toe te voegen:

„immers *niet*, dat de uitvoering van hun beider „voornemen om den getuige O. R. te bewegen tot „vooruitbetaling van *f* 1068. — zonder hem tegen„over die betaling de aan hem verkochte waar te „leveren, *alleen* niet is voltooid ten gevolge van de „van hun wil onafhankelijke omstandigheid, daarin „bestaande, dat genoemde R. de zaak niet vertrou„wende, geen geld vooruitzond, doch zich naar Over„schie begaf, om zich op de hoogte te stellen en al„daar door den Burgemeester ingelicht, van alle be„taling heeft afgezien."

Dat alles is zoo zuiver mogelijk feitelijk en daarom onttrokken aan het oordeel van den rechter in cassatie.

De heer requirant beweert nu wel bij zijne memorie, dat het Hof bij de zevende overweging van het arrest de feiten, die het bij de vijfde als onbewezen verwierp, weder als bewezen aanneemt, doch al ware dit zoo, dan zou daardoor aan de bij het dictum gegeven allesoverheerschende beslissing, dat de feiten niet bewezen zijn, noch haar kracht, noch haar karakter ontnomen zijn.

Die niet op rechtskundige motieven gebouwde beslissing blijft zuiver feitelijk, ook al mocht kunnen worden aangetoond, dat er tegenspraak bestaat tusschen haar en hetgeen elders in het arrest overwogen wordt.

Is er inderdaad tegenspraak tusschen hetgeen in de vijfde en in de zevende overweging door het Hof wordt aangenomen, dan zou die tegenspraak misschien kunnen leiden tot de stelling, dat er in deze een mal jugé is, doch aan 's Hof beslissing nimmer het karakter kunnen geven van een op rechtskundige gronden gebouwde vrijspraak, die als een bedekt ontslag van

rechtsvervolging aan cassatie onderworpen kan worden.

In deze opvatting vind ik mij niet weinig bevestigd door hetgeen de heer requirant aanvoert bij de toelichting van het door hem voorgestelde middel, waarbij ZEGAchtb. vooropstelt, dat het Hof, hoewel het uitdrukkelijk het tegendeel verklaart, niettemin geacht moet worden de bij dagvaarding gestelde feiten als bewezen te hebben aangenomen.

Het wil mij toch voorkomen, dat Uw Raad zich op dit door den requirant ingenomen standpunt niet kan stellen, zonder vooraf in een onderzoek te treheb naar het al of niet bewezene der daadzaken en daaromtrent eene beslissing te geven.

En zoodanig onderzoek en beslissing omtrent de feiten is den Hoogen Raad uitdrukkelijk bij artikel 105 R. O. verboden.

Ik zie daarin als het ware de proef op de som, dat deze voorziening naar onze wet niet bestaanbaar is en heb daarom de eer te concludeeren tot hare niet-ontvankelijk verklaring.

Arrest H. R. van 18 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Proc.-Gen. bij het Gerechtshof te Amsterdam, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam, van den 28en Nov. 1900, waarbij dit Hof, waarheen deze zaak krachtens arrest van den H. R. der Ned. van den 9en Oct. 1900 was verwezen, op het, zoowel door de gerequireerden als door den officier van Justitie te Rotterdam ingesteld hooger beroep, die gerequireerden: 1° H. v. W., oud 25 jaren, geboren te Schiedam, van beroep boterhandelaar; 2° C. v. d. S., oud 27 jaren, geboren te Zegwaard, van beroep koopman,

beiden wonende te Rotterdam, heeft vrijgesproken van het hun bij dagvaarding ten laste gelegde, met bevel tot hunne invrijheidstelling en met last tot teruggave der overtuigingstukken, zooals in dat arrest verder is beslist;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr VAN TEIJLINGEN;

Gelet op het middel van cassatie, door den requirant voorgesteld bij memorie:

Schending van art. 45 in verband met art. 326 van het W. v. Strafr., door niet toepassing van die artt.;

Gehoord den Adv.-Gen., Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het beroep:

Overwegende, dat het Hof in de vierde overweging van het arrest den inhoud der dagvaarding vermeldt, waarin aan de gerequireerden was ten laste gelegd, dat zij met de in de dagvaarding omschreven onware mededeelingen en listige kunstgrepen de bedoeling hadden „meergemelden R. tot voorzegde vooruitbeta- „ling (nl. van ƒ1068) te bewegen, zonder hem tegen- „over die betaling de gekochte waar te leveren, zijn- „de nochtans de uitvoering van dit hun beider voor- „nemen alleen niet voltooid ten gevolge van de van hun „wil onafhankelijke omstandigheid, dat R. de zaak „niet vertrouwende, geen geld vooruitzond, doch zich „naar Overschie begaf om zich op de hoogte te stellen „en aldaar door den Burgemeester ingelicht van elke „betaling heeft afgezien"; dat daarop in de vijfde overweging wordt overwogen, dat het Hof niet wettig en overtuigend bewezen acht hetgeen aan beklaagden bij dagvaarding, voor zoover dit aan s' Hofs oordeel is onderworpen, is ten laste gelegd, immers niet, dat de uitvoering van hun beider voornemen om den getuige O. R. te bewegen tot vooruitbetaling van

f 1068, zonder hem tegenover die betaling de aan hem verkochte waar te leveren, alleen niet is voltooid tengevolge van de van hun wil onafhankelijke omstandigheid, zooals die verder in de dagvaarding is omschreven;

O., dat het Hof, na in de zesde overweging de verklaringen der getuigen R. en O. te hebben vermeld, in de zevende overweging beslist, dat getuige O. R. *reeds vóór*dat hij zijne woonplaats te Elberfeld verliet, *niet van plan* was den prijs te betalen, voordat hij de gekochte waar in ontvangst had genomen en alzoo de door de beklaagden gebezigde middelen niet in staat gebleken zijn om hem te bewegen tot afgifte van de *f* 1068 vóór het in ontvangst nemen van de koopwaar, waarna het beide gerequireerden vrijspreekt van al hetgeen hun bij dagvaarding is ten laste gelegd, voor zoover dit niet reeds is geschied bij het vonnis van de Arr. Rechtbank te Rotterdam van 22 Mei 1900;

O., dat de voorziening in cassatie tegen deze beslissing is gericht en betoogd wordt, dat het vrijsprekend arrest in werkelijkheid inhoudt een bedekt ontslag van rechtsvervolging;

dat het Hof moet geacht worden de bij dagvaarding gestelde feiten als bewezen te hebben aangenomen en dat die bewezen feiten opleveren: poging tot oplichting, waarbij het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard en de uitvoering alleen ten gevolge van omstandigheden van des daders wil onafhankelijk niet is voltooid, gepleegd door twee vereenigde personen;

O, dat, blijkens het voorafgaande de door het Hof uitgesproken vrijspraak berust op het niet wettig en overtuigend bewezen zijn van hetgeen is ten laste gelegd en meer in het bijzonder van dat gedeelte der aanklacht, waarin de voor de ten laste ge-

legde poging onmisbare elementen zijn omschreven;

dat hierin geene verandering wordt gebracht doordien het Hof daaraan nog eenige beschouwingen van feitelijken aard toevoegde, terwijl de grond voor de vrijspraak bleef bestaan in voormelde beslissing omtrent het niet bewezen zijn van het ten laste gelegde, zoodat hier niet is een bedekt ontslag van rechtsvervolging, maar eene vrijspraak, waartegen het gewoon beroep in cassatie niet openstaat;

Gezien art. 347 van het W. v. Strafvord.;

Verklaart den requirant niet-ontvankelijk in zijn beroep.

§ 46.

ERFDEEL (INBREUK MAKEN OP DE „VRIJE UITKEERING" VAN EEN WETTELIJK). — ERFLATER. — UITERSTE WIL.

Art. 175 B. W. vaststellende dat buiten de gemeenschap blijven de goederen, waaromtrent de erflater zulks mocht hebben bepaald, betreft alléén goederen, waarover de erflater wettiglijk heeft kunnen beschikken.

Dit is het geval niet met het wettelijk erfdeel des erfgenaams, en eene bepaling, die dit aan de huwelijksgemeenschap onttrekt moet dus als in strijd met de wet, voor niet geschreven gehouden worden.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Mag eene erflaatster bij haren uitersten wil de bepaling maken, dat het wettelijk erfdeel harer gehuwde dochter niet in de gemeenschap zal vallen? Die vraag is èn door de Rechtbank te Dordrecht èn bij het bestreden arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage ontkennend beantwoord. Door die beslissing acht de eischer in cassatie zich bezwaard, en dientengevolge

zijn door hem twee cassatiemiddelen aangevoerd, één principaal en één subsidiair. Het eerste heet: „Schending en verkeerde toepassing der artt. 175, 960 van het B. W., omdat het Hof, terwijl eerstgemeld art. uitdrukkelijk aan elken erflater vrijlaat om te bepalen dat hetgeen zijn erfgenaam of erfgename uit zijn nalatenschap onvangt, niet zal vallen in de gemeenschap van goederen, bestaande tusschen dien erfgenaam of die erfgename en zijne echtgenoote of haren echtgenoot, evenwel aan zoodanige bepaling eener erflaatster kracht heeft ontzegd".

Wanneer men dit middel leest, dan vindt men daarin wel art. 960 B. W. aangehaald, doch geenszins eenige poging om aan dat art. eene voor de in het middel gestelde bewering gunstige uitlegging te geven. Niet onmogelijk is het dat men daartoe geen kans heeft gezien. En inderdaad schijnt mij zulk eene uitlegging onmogelijk. Men beroept zich op art. 175 B. W.: „De gemeenschap omvat, wat hare baten betreft, alle de roerende en onroerende goederen der echtgenooten, zoowel tegenwoordige als toekomende, ook die welke zij om niet verkrijgen, *tenzij de erflater of de schenker het tegendeel mocht hebben bepaald.*" Maar wat zegt nu art. 960 B. W.? „De legitieme portie of het wettelijk erfdeel is een gedeelte der goederen, hetwelk aan de bij de wet geroepene erfgenamen in de rechte lijn wordt toegekend, en *waarover de overledene, noch bij gifte onder de levenden, noch bij uitersten wil, heeft mogen beschikken*".

Op dit laatste artikel komt m. i. alles aan, en de vraag is: wat beteekent het woord „*beschikken*" in dat artikel?

Het Hof geeft daaraan een zeer ruime beteekenis. Naar ik meen, te recht. Want vooreerst wordt zij door de

taal gevorderd. En ten andere kan ik in de wet geen artikel vinden, dat aanleiding zou kunnen geven tot het aan het bedoelde woord toekennen van eene meer beperkte beteekenis.

Het wettelijk erfdeel — de naam zelf duidt het reeds aan — is een gedeelte der goederen van den overledene, dat aan den legitimaris door de *wet* wordt toegekend, iets dus, wat de legitimaris *krachtens de wet* toekomt, en waarover derhalve door den erflater niets te *bepalen*, te *regelen* of te *beschikken* valt, *waarmede deze zich eenvoudig niet heeft in te laten*. Daarom zondert ook art. 1021 B. W. de goederen uit, die „*bij de wet buiten beschikking* zijn gehouden". En dat de wetgever niet slechts de inkorting van het wettelijk erfdeel op het oog heeft gehad, maar elke *bepaling*, *regeling* of *beschikking*, daaromtrent door den erflater gedaan, blijkt uit art. 1066 B. W., waarbij elke *inbreuk op de vrije uitkeering* van het wettelijk aandeel der erfgenamen verboden wordt.

Men zie omtrent een en ander onder de vele schrijvers, die de hier ontwikkelde leer zijn toegedaan, DIEPHUIS, Syst. IV bl. 230 en VIII bl. 126 vlg.

Hieruit volgt, dat de slotwoorden van art. 175 B. W. „tenzij de erflater of de schenker uitdrukkelijk het tegendeel mogt hebben bepaald" t. a. van het wettelijk erfdeel van geene toepassing zijn. De wetgever gaat in art. 175, zooals van zelf spreekt, van de veronderstelling uit, dat de erflater over de daar vermelde goederen eenige bepaling maken *mocht* (cf DIEPHUIS t. a. pl).

Ik houd derhalve het principale middel voor ongegrond.

Thans het subsidiaire middel, omschreven als: „Schending en verkeerde toepassing der artt. 175, 179, 165, 935, 960, 967 van het Burgerlijk Wetboek en

van art. 11 der wet van 15 Mei 1829 (Staatsblad nº. 28), omdat het Hof — terwijl vaststond, dat de legitimarisse niet in het geding was en dus ook niet door haar de uitkeering harer legitieme portie, ontdaan van elke bepaling, die de erflaatster daaromtrent had gemaakt (zoo zij dit al had kunnen doen) was gevorderd — aan den eischer, hoewel optredende als hoofd eener huwelijksgemeenschap, waarin die legitieme portie juist niet viel, zoolang de bepaling, waarmede zij aan de legitimarisse was gemaakt, niet was tenietgedaan — wat dan alleen op hare vordering kon geschieden — zijnen eisch heeft toegewezen en bij die toewijzing het aangehaalde art. 935 Burgerlijk Wetboek heeft toegepast, hoewel — naar 's Hofs eigen beslissing — hier van geen „voorwaarde", waarover alleen art. 935 B. W. handelt, sprake was".

Vanwege den 1sten verweerder is de opmerking gemaakt, dat dit middel niet tot cassatie kan leiden, omdat daarin niet, als geschonden of verkeerd toegepast, is aangehaald art. 1116 B. W. Die opmerking is m. i. juist. Immers door dien verweerder, als in gemeenschap van goederen gehuwd met F. van L. is voor de Rechtbank te Dordrecht eene vordering tot boedelscheiding ingesteld en door genoemde Rechtbank en mitsdien eveneens bij het bevestigend arrest van het Hof, is dan ook art. 1116 al. 2 B. W. toegepast. Dit art. had derhalve in het middel niet mogen ontbreken. Intusschen, ook al stond de niet aanhaling van genoemd art. den eischer niet in den weg, zoo zou toch m. i. het middel als ongegrond moeten worden aangemerkt.

De vraag, of het Hof al of niet te recht de bepaling van art. 935 B. W. omtrent de met de wetten strijdende *voorwaarden* tot de dit karakter dragende

beschikkingen heeft uitgebreid, kan geheel onbesproken blijven, omdat het alleen aankomt op de vraag, of s' Hofs *beslissing* juist is, of nl. te recht door het Hof is beslist, dat de 1e verweerder, als in gemeenschap van goederen gehuwd met F. van L. naar de wet, de vordering instellen mocht. En wanneer nu juist is wat bij de behandeling van het 1e middel dezerzijds werd betoogd, dat de erflaatster geen beschikking maken mocht omtrent het wettelijk erfdeel harer dochter, des 1en verweerders echtgenoote, en dat dus, krachtens art. 175, dat erfdeel in de gemeenschap viel, dan kon deze verweerder ingevolge art. 1116, 2e lid B. W., ook t. a. van dat erfdeel de boedelscheiding vorderen, en is derhalve 's Hofs arrest ook op dit punt juist gewezen.

Wel beroept de eischer zich op art. 967 B. W., maar bij dat artikel is van een ander geval sprake dan dat, wat zich hier voordoet, nl. van verkorting van het wettelijk erfdeel ten gevolge van giften enz., door den erflater gedaan. Dan is het zonder twijfel alleen de legitimaris *zelf*, of zijn erfgenamen, of rechthebbenden, die de vordering mogen instellen. En op een dergelijk geval had betrekking het bij pleidooi aangehaalde arrest van den Hoogen Raad dd. 4 Dec. 1885 (v. d. HONERT, B. R., 51 bl. 354). Doch hier heeft men, gelijk het Hof feitelijk uitmaakt, te doen met eene door de erflaatster in strijd met de wet gemaakte bepaling, waaraan geen rechtsgevolg kan worden toegekend.''

Ik kan mij derhalve ook met het subsidiaire middel niet vereenigen en heb daarom de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 22 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie enz.

Gezien de stukken;

Overwegende., dat tegen het den 25en Juni 1900 tusschen partijen (van wie de onder 2° genoemde medeverweerders thans in de plaats van hun auteur optreden) gewezen arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage, zijn voorgesteld de volgende middelen van cassatie: 1° Schending en verkeerde toepassing der artt. 175 en 960 van het B. W., omdat het Hof, terwijl eerstgemeld art. uitdrukkelijk aan elken erflater vrijlaat om te bepalen, dat hetgeen zijn erfgenaam of erfgename uit zijne nalatenschap ontvangt niet zal vallen in de gemeenschap van goederen bestaande tusschen dien erfgenaam of die erfgename en zijne echtgenoote of haren echtgenoot, evenwel aan zoodanige bepaling eener erflaatster kracht heeft ontzegd;

en subsidiair:

2° Schending en verkeerde toepassing der artt. 175, 179, 165, 935, 960, 967 van het B. W. en van art. 11 der wet van 15 Mei 1829 (Stbl. No. 28), omdat het Hof, terwijl vaststond, dat de legitimarisse niet in het geding was, en dus ook niet door haar de uitkeering harer legitieme portie, ontdaan van elke bepaling, die de erflaatster daaromtrent had gemaakt (zoo zij dit dan al had kunnen doen) was gevorderd aan den eischer, hoewel optredende als hoofd eener huwelijksgemeenschap, waarin die legitieme portie juist niet viel zoolang de bepaling, waarmede zij aan de legitimarisse was gemaakt, niet was teniet gedaan — wat dan alleen op hare vordering kon geschieden—zijnen

eisch heeft toegewezen en bij die toewijzing het aangehaald art. 935 van het B. W. heeft toegepast, hoewel naar 's Hofs eigen beslissing hier van geen „voorwaarde", waarover alleen art. 935 van het B. W. handelt, sprake was;

O., dat, zooals ten deze vaststaat, mejuffrouw G. F. B., echtgenoote van den eischer in cassatie, is overleden, o. a. tot hare legitimarisse nalatende hare uit haar huwelijk met den eischer geboren dochter F. v. L.,

dat de verweerder in cassatie, als met deze dochter in gemeenschap van goederen gehuwd, heeft gevorderd scheiding en deeling der gemeenschap tusschen den eischer en diens overledene echtgenoote bestaan hebbende en der daarin vervatte nalatenschap van laatstgemelde, welke vordering de eischer als niet ontvankelijk heeft bestreden op grond, dat de erflaatster in haar testament had bepaald, dat al hetgeen hare dochter F. v. L. van hare nalatenschap zou erven, geen deel zoude uitmaken van de tusschen haar en haren echtgenoot bestaande gemeenschap van goederen, en dat zij daarover het vrije beheer en de vrije beschikking zoude hebben;

dat de Rechtbank te Dordrecht, beslissende dat aan die bepaling ten opzichte van het wettelijk erfdeel geenerlei kracht of waarde is toe te kennen, bij vonnis van 17 Mei 1899 de vordering heeft toegewezen en dat dit vonnis is bevestigd bij het bestreden arrest;

O. omtrent het eerste middel:

dat art. 175 van het B. W., vaststellende, dat buiten de gemeenschap blijven de goederen, waaromtrent de erflater zulks mocht hebben bepaald, spreekt van goederen, waarover de erflater wettiglijk heeft kunnen beschikken;

dat volgens art. 960 van het B. W. het wettelijk

erfdeel is een gedeelte der goederen, hetwelk aan de bij de wet geroepene erfgenamen in de rechte linie wordt toegekend, en waarover de overledene, noch bij gifte onder de levenden, noch bij uitersten wil heeft mogen beschikken, zoodat daarmede strijdige beschikkingen niet als wettig kunnen worden aangemerkt;

dat, zooals verder uit dit art., evenals uit art. 1002 van het B. W. volgt, de rechthebbende op een wettelijk erfdeel dit geniet, niet krachtens eenige uiterste wilsbeschikking, zoo die gemaakt is, maar krachtens de wet zelve, die het hem toekent, onafhankelijk van- en zelfs tegen den wil des erflaters en dezen in art. 1066 van het B. W. verbiedt, inbreuk te maken op de „vrije uitkeering" daarvan;

dat eene vrije uitkeering niet bestaat, wanneer een erflater bepalingen maakt omtrent de bestemming der goederen en zelfs, zooals ten deze, met betrekking tot die goederen eene andere verhouding tusschen die echtgenooten onderling tracht in het leven te roepen, dan deze zelve bij het aangaan des huwelijks, ook omtrent hunne toekomstige goederen, hebben gewild;

dat alzoo het eerste middel is ongegrond;

Met betrekking tot het tweede middel:

O., dat waar krachtens de wet zelve het wettelijk erfdeel valt in de tusschen den verweerder en zijne echtgenoote bestaande gemeenschap van goederen het Hof met juistheid heeft beslist, dat bovenvermelde bepaling van den uitersten wil als in strijd met de wet geene uitwerking kan hebben en als niet geschreven moet worden beschouwd;

dat diensvolgens de verweerder te recht als hoofd der gemeenschap is opgetreden, om tot schending en deeling te geraken en dat daardoor met name

art. 967 van het B. W. niet kan zijn geschonden, omdat dit art. betrekking heeft op eene daarin bepaald aangeduide inbreuk op het wettelijk erfdeel, die ten eenenmale verschilt van die, welke ten deze heeft plaats gevonden;

dat alzoo ook het tweede middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.

§ 47.

HOOGER BEROEP (UITSPRAAK IN). — CASSATIE WEGENS ONVOLDOENDHEID DER BEWEZENVERKLARING. — MOTIVEERING.

Waar de Rechtbank bij het dictum van haar in cassatie bestreden vonnis HET VONNIS A QUO *bevestigt voor wat betreft de bewezenverklaring van het den beklaagde bij dagvaarding ten laste gelegde feit en verder* HET VONNIS *vernietigt voor wat aangaat het daarbij uitgesproken ontslag van rechtsvervolging, moet zij geacht worden de beide vonnissen des Kantonrechters, waartegen het appel gericht was, het interlocutoir en het eindvonnis, in het hooger beroep te hebben begrepen en in dezen omvang op dat beroep uitspraak te hebben gedaan.*

Vernietiging van het in cassatie bestreden vonnis, omdat daarbij niet is uitgemaakt of de requirant de in de dagvaarding genoemde lijderes, zooals hem was ten laste gelegd, heeft behandeld „als geneeskundige", wat een vereischte is der overtreding, waaraan hij is schuldig verklaard.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

De ambtenaar van het openbaar ministerie bij de

Kantongerechten in het arrondissement Groningen is blijkens akte van 3 September 1900 in appel gekomen van een interlocutoir vonnis van den Kantonrechter te Onderdendam van 23 Juli te voren, o. a. bevelende het hooren van eenen nieuwen getuige, alsmede van het eindvonnis in de zaak van den requirant gewezen.

Bij de behandeling in hooger beroep heeft de officier van justitie te Groningen in zijne vordering de beide vonnissen omvat, maar de Rechtbank, heeft lettende (zooals het vonnis zegt) op het beroep, ingesteld van het vonnis a quo, vernietigd het vonnis voor zoover dit inhoudt ontslag van rechtsvervolging ter zake van de als bewezen aangenomene feiten. Deze schijnbare veronachtzaming van het interlocutoir vonnis leidde tot het voorstellen van het eerste cassatiemiddel: Schending of verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 van het Wetboek van Strafvordering in verband met de artt. 228 en 229, art. 230, 1e en 2e lid, en de artt. 233, 234, 237 en 240 van datzelfde Wetboek, mede in verband met de artt. 255 en 256 en met art. 346 van gemeld Wetboek, omdat de Rechtbank heeft verzuimd om op het door den ambtenaar van het openbaar ministerie van het interlocutoir vonnis gelijk met dat van het eindvonnis des Kantonrechters wettig ingesteld hooger beroep recht te doen en alleen op dat van het eindvonnis heeft beslist.

Het komt mij voor dat de hierin geformuleerde grief niet gegrond is. Wel spreekt de Rechtbank van het vonnis, en vermeld niet uitdrukkelijk het interlocutoir. Maar zij overweegt toch dat bij haar onderzoek is gebleken, dat de eerste rechter op goede gronden, door haar overgenomen, het telast gelegde feit

en beklaagdes schuld wettig en overtuigend bewezen heeft verklaard. De bewijsvoering nu en de bewezenverklaring komen bij uitsluiting voor in hetgeen de Kantonrechter zijn interlocutoir vonnis noemt, terwijl het eindvonnis alleen de strafbaarheid behandelt. Heeft de Rechtbank dus wellicht niet geheel juist de beide vonnissen als een beschouwd, zij heeft toch feitelijk over beide recht gedaan.

Het middel schijnt mij daarom ongegrond.

Het tweede middel luidt: Schending van de artt. 211 en 221 van het Wetboek van Strafvordering in verband met de artt. 252, 253, 256 en 257 van gemeld wetboek, mede in verband met de artt. 246 en 247 van datzelfde wetboek, omdat een ander feit dan het bij dagvaarding vermelde, heeft gestrekt tot grondslag der schuldigverklaring, qualificatie en veroordeeling.

Blijkens de toelichting ziet de requirant in hetgeen telast gelegd wordt: het in gebreke blijven met onderteekening van eene verklaring van overlijden ten behoeve van den ambtenaar van den burgerlijken stand, iets anders en meer dan wat de Kantonrechter in zijn in zooverre bevestigd vonnis bewezen verklaart: het niet onderteekenen van zoodanige verklaring.

Voor het eerste zou noodig zijn eene weigering of een willekeurig verzuim, terwijl enkel bewezen verklaard zou zijn een niet doen, een verzuim waarvan geene oorzaak wordt vastgesteld. Mij komt het voor dat ingebreke zijn niets anders uitdrukt, dan niet gedaan hebben wat men behoorde te doen.

In elk geval stuit het middel af op de door den Kantonrechter reeds in zijn interlocutoir en meer uitdrukkelijk nog in zijn eindvonnis gegevene beslis-

sing, dat bij dagvaarding is telast gelegd het negatieve feit van het niet onderteekenen der daarin vermelde verklaring, in verband met de constante jurisprudentie, die dergelijke beslissing in cassatie onaantastbaar verklaart.

Als derde middel is voorgesteld: Schending van art. 161 der Grondwet, art. 20 der Wet op de Rechterlijke Organisatie, in verband met de artt. 211 en 221 van het Wetboek van Strafvordering, mede in verband met de artt. 391, 392, 402, 403 en 404 van datzelfde wetboek en met de artt. 1, 4 en 5 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. No. 60); omdat het beklaagde vonnis niet met redenen is omkleed ten opzichte van:

a. het vereischte voor de overtreding waaraan requirant is schuldig verklaard, nl. dat vorengemeld feit zoude zijn gepleegd door den requirant *als geneeskundige;*

b. het als bewezen aangenomen feit dat requirant geene verklaring van het overlijden heeft onderteekend; zoodat niet blijkt hoe de rechter is gekomen tot de kennis van, noch welke bewijsmiddelen zijn gebezigd voor, de beslissing met betrekking tot die punten.

Dit middel kan alleen onderzocht worden wanneer het eerste cassatiemiddel ongegrond wordt verkaard. Indien toch geoordeeld wordt dat de Rechtbank het interlocutoir vonnis van den Kantonrechter ten onrechte in hooger beroep niet heeft behandeld, kan de inhoud van dat vonnis (waarin de geheele bewijsvoering voorkomt) niet een punt van behandeling in cassatie uitmaken. Ik betoogde trouwens reeds de ongegrondheid van het eerste middel.

Het derde middel nu komt mij gegrond voor; door de geheele bewijsvoering van den Kantonrechter hier

wordt steeds ondersteld, dat de requirant is geneeskundige en dat zijn niet-onderteekenen van de verklaring in confesso is, maar bewijsmiddelen voor het aanwezig zijn van die onderstelde feiten worden niet aangetroffen, zoodat het bevestigde vonnis te dezen opzichte werkelijk niet met redenen omkleed is.

Het vierde middel — Schending van de artt. 211 en 221 van het Wetb. v. Strafvordering in verband met de artt. 391, 392 en 398 van gemeld wetboek, mede in verband met art. 247 van datzelfde wetboek, omdat tot het voor de telastlegging aangenomen bewijs heeft medegewerkt de verklaring van den getuige G. B., ook voor zooverre die inhoudt zoowel verklaringen de auditu als verklaringen waarbij geen redenen van wetenschap zijn opgegeven, komt mij ongegrond voor, in zijn tweede gedeelte, omdat de wet niet voorschrijft dat de rechter de redenen van wetenschap, die de getuigen voor hunne verklaringen moeten hebben, zal vermelden. En ten aanzien van de eerste in het middel vervatte grief moet men onderscheid maken tusschen hetgeen de getuige verklaart omtrent dat, wat rechtstreeks het telast gelegde feit betreft, en wat meer bedoeld is ter verklaring van getuiges eigene handelingen en aanleiding daartoe.

Bij pleidooi bleek, dat de grief bepaaldelijk gericht was tegen de verklaring, dat aan getuige daarop werd bericht dat dr T. „de doodschouw had geweigerd", en „dat getuige van G. B. vernam dat dr. T. hare moeder had behandeld.

Nu wordt de eerste dezer opgaven, blijkens het redeverband, alleen gebezigd om te verklaren de pogingen door het Gemeentebestuur (waarvan de getuige lid is), aangewend tot het verkrijgen van een bewijs van doodschouw, door een ander geneesheer af te

geven, terwijl de andere enkel strekt om toe te lichten getuiges schrijven aan beklaagde, inhoudende eene herinnering aan diens beweerde verplichting.

Het vijfde en laatste middel luidt: Schending en verkeerde toepassing van art. 5 j° art. 19 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. n° 60) in verband met art. 10 sub 18 der Invoeringswet, mede in verband met de artt. 1 en 4 van eerstgemelde wet:

a door aan te nemen dat voor het aanwezig zijn der overtreding van voormeld art. 5 behalve de overige vereischten voldoende is het enkele feit der niet-onderteekening;

b. door ten onrechte en in strijd met de wet te beschouwen en te qualificeeren den req. als *geneeskundige* en de overledene als *diens lijderesse* in den zin van meergemeld art. 5.

Het eerste onderdeel van dit middel is aangedrongen met het zich bij de in appel verworpene overwegingen des Kantonrechters aansluitend betoog, dat art. 5 der wet van 1 Juni 1865 Stb. 60, is eene aanvulling van het thans bij art. 50 der wet van 10 April 1869, Stbl. 65, ingetrokken art. 53 Burg. Wetb., dat het dus alleen strekt tot het geven van eenen grondslag aan het door den ambtenaar van den burgerlijken stand te geven verlof tot begraven, en daarom ook alleen op diens aanvrage behoeft te worden onderteekend. Dit historische betoog staat echter geheel buiten de woorden der wet waardoor de verplichting tot onderteekening ten duidelijkste geheel onvoorwaardelijk wordt opgelegd. En vermits die verplichting is beperkt tot het onderteekenen der verklaring zoowel bij de opvatting van den req. als bij die der Rechtbank, kan de eerste niet ondersteund worden door het aanschouwelijk maken van het weinig

praktische van het voorschrift, dat zich niet inlaat met de verdere verplichtingen ten aanzien van het onderteekende stuk.

De tweede grief stuit m. i. af op de feitelijke beslissing. Overigens komt mij onjuist voor de ter toelichting ontwikkelde meening, dat de geneeskundige alleen als zoodanig optreedt wanneer hij de geneeskunst als bedrijf uitoefent, niet wanneer hij uit welwillendheid en belangstelling een kranke bezoekt. Daarbij wordt verward het feitelijk optreden als geneeskundige en zoodanig optreden, waarvoor de wet bijzondere eischen stelt; het laatste komt alleen te pas bij het bepalen van de grenzen der bevoegdheid, niet bij het beoordeelen der handelingen van hem die de bevoegdheid om als geneeskundige te handelen bezit.

Ik concludeer, in verband met het derde der voorgestelde middelen, tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep, en verwijzing van de zaak naar het Gerechtshof te Leeuwarden ter afdoening op het bestaande hooger beroep.

Arrest H. R. van 25 Febr. 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van Dr. M. T. T., geboren te Vriescheloo, volgens zijne opgave oud 47 jaren, arts, wonende te Uithuizen, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te Groningen van den 15en Nov. 1900, waarbij is bevestigd het vonnis, door den Kantonrechter te Onderdendam in deze zaak gewezen, voor zoover het den requirant bij dagvaarding telastgelegde daarbij bewezen is verklaard, doch dat vonnis is vernietigd, voor zoover de requirant ter zake daarvan is ontslagen van rechtsvervolging, hij, requirant,

door de Rechtbank is schuldig verklaard aan de overtreding van het als geneeskundige bij het overlijden van een zijner lijders, niet ten behoeve van den ambtenaar van den burgerlijken stand, eene verklaring van dat overlijden onderteekenen, onder het doen daarbij eener opgaaf, zoo nauwkeurig mogelijk van de oorzaak van den dood en hij deswege, met toepassing van art. 5 jcto 19 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. n°. 60), in verband met art. 10 sub 18 der Invoeringswet, de artt. 23, 91 van het W. v. Strafr., 189, 214, 247 en 265 van het W. v. Strafv., is veroordeeld tot eene geldboete van drie gulden, met bepaling der vervangende hechtenis op een dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EYSSEL;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den reqnirant voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending of verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 van het W. v. Strafv., in verband met de artt. 228 en 229, art. 230 1e en 2e lid, en de artt. 233, 234, 237 en 240 van datzelfde wetboek, mede in verband met de artt. 255 en 256 en met art. 346 van gemeld wetboek, omdat de Rechtbank heeft verzuimd om op het door den ambtenaar van het Openbaar Ministerie van het interlocutoir vonnis, gelijk met dat van het eindvonnis des Kantonrechters, wettig ingesteld hooger beroep recht te doen en alleen op dat van het eindvonnis heeft beslist;

II. Schending van de artt. 211 en 221 van het W. v. Strafv. in verband met de artt. 252, 253, 256 en 257 van gemeld wetboek in verband met de artt. 246 en 247 van dat zelfde wetboek, omdat een ander feit, dan het bij dagvaarding vermelde, heeft gestrekt tot grondslag der schuldigverklaring, qualificatie en veroordeeling;

III. Schending van art. 161 der Grondwet, art. 20

der Wet op de R. O., in verband met de artt. 211 en 221 van het W. v. Strafv., mede in verband met de artt. 391, 392, 402, 403 en 404 van datzelfde wetboek, en met de artt. 1, 4 en 5 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. nº. 60), omdat het beklaagde vonnis niet met redenen is omkleed ten opzichte van:

a. het vereischte voor de overtreding, waaraan requirant is schuldig verklaard, nl.: dat vorengemeld feit zoude zijn gepleegd door den requirant, als *geneeskundige;*

b. het als bewezen aangenomen feit, dat requirant geene verklaring van het overlijden heeft onderteekend, zoodat niet blijkt hoe de rechter is gekomen tot de kennis van, noch welke bewijsmiddelen zijn gebezigd voor, de beslissing met betrekking tot die punten;

IV. Schending van de artt. 211 en 221 v. h. W. v. Strafv., in verband met de artt. 391, 392 en 398 van gemeld Wetboek, mede in verband met art. 247 van datzelfde Wetboek, omdat tot het voor de telastlegging aangenomen bewijs heeft medegewerkt de verklaring van den getuige G. B., ook voor zooverre die inhoudt, zoowel verklaringen de auditu, als verklaringen, waarbij geen redenen van wetenschap zijn opgegeven;

V. Schending en verkeerde toepassing van art 5 jcto art, 19 der Wet van 1 Juni 1865 (Stbl. nº 60), in verband met art. 10 sub 18 der invoeringswet, mede in verband met de artt. 1 en 4 van eerstgemelde wet:

a. door aan te nemen, dat voor het aanwezig zijn der overtreding van voormeld art. 5, behalve de overige vereischten, voldoende is het enkele feit der nietonderteekening;

b. door ten onrechte en in strijd met de wet te beschouwen en te qualificeeren den requirant als

geneeskundige, en de overledene, als *diens lijderesse* in den zin van meergemeld art. 5;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, enz.;

Overwegende, dat blijkens het bestreden vonnis den requirant bij oorspronkelijke dagvaarding is telastgelegd: „dat hij te Uithuizen, nadat op 22 Mei 1900 „aldaar was overleden A. Z., wed. van M. J. V., welke „eene lijderes van hem, beklaagde, was geweest ge„durende hare ziekte vóór haren dood, en welke „vrouw hij met name ook op 20 Mei 1900 als „geneeskundige heeft behandeld, in gebreke is ge„bleven ten behoeve van den ambtenaar van den „Burgelijken Stand te Uithuizen eene verklaring van „dit overlijden, vergezeld van een zoo nauwkeurig „mogelijke opgave van den dood, te onderteekenen";

O., dat de Rechtbank ten aanzien van den loop des „gedings overweegt; dat de beklaagde te dier zake „den 9den Juli 1900 terecht heeft gestaan voor het „Kantongerecht te Onderdendam; dat de Kantonrech„ter bij vonnis van 23 Juli daaraanvolgende de her„vatting van het onderzoek heeft bevolen ter terecht„zitting van 6 Aug. daaraanvolgende; dat het onder„zoek op laatstgemelden dag is voortgezet en dat de „Kantonrechter bij vonnis van 20 Aug. 1900 den be„klaagde heeft ontslagen van alle rechtsvervolging" en, na vemelding dat de ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij voormeld Kantongerecht, bij akte van 3 Sept., „mitsdien tempore utuli, van dat vonnis is gekomen in hooger beroep" en dat bij de Rechtbank alle in eersten aanleg gehoorde getuigen en deskundigen op ééne uitzondering na opnieuw zijn gehoord, als uitkomst van dit nieuwe onderzoek overweegt, dat is gebleken „dat de eerste rechter op goede gronden,

„welke de Rechtbank overneemt en tot de hare maakt, „het aan beklaagde bij akte van dagvaarding telast „gelegde feit zoomede zijne schuld daaraan, wettig en „overtuigend bewezen heeft verklaard; dat mitsdien „het vonnis des eersten rechters in zoover behoort te worden bevestigd";

O., dat in deze overwegingen de Rechtbank, beslissende over het eerste en derde van de punten, over welke, ingevolge de artt. 211 en 221 in verband met de artt. 255 en 256 van het W. v. Strafv., ook in hooger beroep beslist moest worden, hare op straffe van nietigheid te geven gronden heeft ontleend aan des Kantonrechters vonnis van 23 Juli; dat zij *dit* vonnis heeft bedoeld, waar zij ten aanzien van die twee punten oordeelt „het vonnis des eersten rechters" te moeten bevestigen en den aanhef van haar dictum doet luiden:

„Bevestigt het vonnis a quo voor wat betreft de „bewezenverklaring van het bij dagvaarding den be„klaagde telast gelegde" — zulks omdat in het vonnis des Kantonrechters van 23 Juli en niet in diens vonnis van 20 Augustus die gronden en de beslissing dier beide punten voorkomen;

O., dat uit een en ander volgt, dat de Rechtbank zoowel het vonnis van 23 Juli als dat van 20 Augustus begrepen heeft geacht in het ingestelde hooger beroep en in voorzegden omvang recht op dit beroep heeft gedaan;

dat het eerste middel dus zijnen feitelijken grondslag mist, en alzoo niet tot cassatie kan leiden;

O. ten aanzien van het derde middel:

dat, gelijk hiervoren is overwogen, het bestreden vonnis ten aanzien van het bewezene der daadzaken uitsluitend berust op het daaromtrent voorkomende in het vonnis des Kantonrechters van 23 Juli en dus

op diens overweging: „dat (door de bewijsmiddelen, „alvorens opgesomd) wettig en overtuigend is bewezen, „dat de beklaagde op den 20en Mei laatstleden op verzoek van een nabestaande der in het extract ge„melde A. Z., weduwe van M. J. V., welke op Dins„dag 22 Mei laatstleden te Uithuizen is overleden „en op Maandag 28 Mei daarna is begraven, die patiente „na ondervraging met de stethoscoop heeft onderzocht „en alzoo feitelijk als lijderes heeft behandeld, zulks „zonder vóór de begraving van het lijk ten behoeve „van den ambtenaar van den Burgerlijken Stand te „hebben onderteekend het ter dagvaarding vermelde „bewijs van overlijden, dat mitsdien het aan den be„klaagde telast gelegde feit en zijne schuld daaraan „door de voorzeide bewijsmiddelen wettig en overtui„gend is bewezen";

dat echter onder datgene, wat in voege voorschreven uit de alvorens opgesomde middelen als verkregen slotsom wordt afgeleid en ten grondslag gelegd aan de uitspraak, dat het bewijs der telastlegging is verkregen, niet voorkomt dat requirant de overleden weduwe V. heeft behandeld als *geneeskundige*, ofschoon ook dit uitdrukkelijk was telast gelegd en tot requirants veroordeeling wegens niet-nakoming van art. 5 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. no. 60) telast gelegd moest worden, vermits ingevolge dat art., in verband met art. 1 der genoemde wet, alleen op hen die tot uitoefening der geneeskunst bevoegd zijn dat voorschrift van toepassing is.

dat uit dit laatste volgt onvoldoendheid der bewezenverklaring, dat requirant de overledene „feitelijk als lijderes heeft behandeld", daar dit ook had kunnen geschieden door eenen hiertoe onbevoegde;

O., dat uit dezen hoofde, gelijk bij het derde cassa-

tiemiddel is aangevoerd, het vonnis niet behoorlijk met redenen is omkleed en deswege moet worden vernietigd, waardoor onderzoek der overige cassatiemiddelen overbodig wordt;

Vernietigt het bestreden vonnis;

En recht doende krachtens art. 106 der Wet op de Rechterlijke Organisatie:

Verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Leeuwarden, ten einde op het bestaande hooger beroep te worden berecht en afgedaan.

§ 48.

VERORDENING VAN POLITIE TE MAASTRICHT. — BEZOEKERS DER IN ART. 1 DER MAASTRICHTSCHE POL. VERORDENING BEDOELDE HUIZEN. — HERBERGLOKAAL.

Onder „bezoekers" der in art. 1 van de politieverordening der gemeente Maastricht van 13 Mei 1897 n°. 402, bedoelde huizen zijn te verstaan allen, die aldaar tegenwoordig zijn, behalve de in art. 4 uitgezonderden.

Bij deze opvatting van het woord „bezoekers" kon door de verbalisanten worden waargenomên en dus geconstateerd, dat op zeker „tijdstip," in de dagvaarding aangewezen, bezoekers aanwezig waren in het daar genoemde herberglokaal, vermits ook de omstandigheid, of zekere localiteit een herberglokaal is, voor zinnelijke waarneming vatbaar is.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Tegen dezen req. is proces-verbaal opgemaakt ter zake, dat na het sluitingsuur in zijn herberglokaal nog bezoekers aanwezig waren en met gebruikmaking van dat verbaal heeft de Kantonrechter te Maastricht

bij een in appel bevestigd vonnis hem veroordeeld wegens het op een verboden uur als houder van een huis waarin gelagen gezet worden in zijn daarin tot het uitoefenen van zijn beroep gebezigd lokaal bezoekers hebben.

Als middel van cassatie tegen deze veroordeeling wordt bij memorie voorgesteld: Schending of verkeerde toepassing van de artt. 2 en 4 der verordening, 391, 392, 2o, 398 en 401 Strafv. in verband met de artt. 256, 257, 247, 211, 216, 221 en 223 Strafv. Met de verordening wordt hier blijkbaar bedoeld die welke in het vonnis van den Kantonrechter wordt genoemd de politieverordening der gemeente Maastricht d. d. 13 Mei 1897, no 402, of, zooals haar eigenlijke naam is, de verordening op het zetten van gelagen en het sluiten der herbergen, op 13 Mei 1897 door den Raad der gemeente Maastricht vastgesteld onder no 402 gepubliceerd.

Blijkens de toelichting is de steller der memorie van oordeel dat de verbalisant niet heeft kunnen waarnemen, dat het huis waarvan hij spreekt is een huis waar gelagen worden gezet of het lokaal waar hij personen aantrof een herberglokaal, noch ook of de aangetroffene personen waren bezoekers, doch dat hij alleen bij redeneering tot de conclusie heeft kunnen komen, dat hij met een herberglokaal en met bezoekers te doen had.

Men ziet hierbij over het hoofd dat het houden van redeneeringen aan getuigen op zich zelf niet verboden is; ik had reeds een- en andermaal de gelegenheid te doen opmerken dat zulk een verbod ook eene dwaasheid, zou zijn geweest, omdat zonder redeneering geen feit is vast te stellen: elk toekennen van

eenen gebruikelijken naam aan eene persoon of eene zaak is reeds de uitkomst van een syllogisme. De wet verbiedt alleen dat als getuigenis wordt aangenomen eene op redeneering gebouwde meening of gissing.

Nu zijn herberg en herberglokaal feitelijke begrippen van zóó elementairen aard dat de eenvoudigste deductie uit hetgeen met de zinnen wordt waargenomen voldoet om tot hun bestaan te doen besluiten zonder betreding van het gebied der meeningen en gissingen.

Hetzelfde is het geval met bezoekers, die toch niet anders zijn dan bezoekende personen. Daarvan wordt niets afgedaan door het feit dat de verordening enkele categoriën van personen niet als bezoekers beschouwt; feitelijk bezoeken ook deze de herberg (behalve de huisgenooten, die dan ook niet hadden behoeven genoemd te worden), maar de verordening verklaart hare bepalingen op hen niet toepasselijk.

En wil men aan de hand van eenige in de memorie aangehaalde rechterlijke beslissingen onder bezoekers slechts gelag makende personen verstaan, dan is de hoedanigheid van bezoeker niet minder gemakkelijk en rechtstreeks vast te stellen. Of in casu al of niet gelag gemaakt is, waarover bij de vaststelling der feiten is gesproken, betreft alleen de betrouwbaarheid der verklaring, die in cassatie niet meer kan worden onderzocht.

Het middel komt mij ongegrond voor; ik concludeer mitsdien tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 25 Febr. 1901:

De H. R. der Nederlanden,

Op het beroep van W. H. T., volgens zijne opgave oud 35 jaar, van beroep herbergier, geboren en wonende te Maastricht, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Maastricht van den 27en Nov. 1900, waarbij, met toepassing van de artt. 247 en 256 van het W. v. Strafv. is bevestigd het vonnis, door den Kantonrechter te Maastricht den 9en Oct. bevorens in deze zaak gewezen, bij hetwelk de requirant is schuldig verklaard aan het in de maand Aug. te Maastricht tusschen des nachts twaalf uur en zonsopgang als houder van een huis, waarin gelagen gezet worden, in zijn daarin tot het uitoefenen van zijn beroep gebezigd lokaal bezoekers hebben, en te dier zake, met toepassing van de artt. 23 en 91 van het W. v. Srafr., de artt. 1, 2 en 7 der politieverordening der gemeente Maastricht van 13 Mei 1897, nº 402, is veroordeeld tot eene geldboete van één gulden, met bepaling der vervangende hechtenis op één dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EYSSELL;

Gelet op het middel van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij memorie:

Schending of verkeerde toepassing van de artt. 2 en 4 der bovenvermelde verordening, 391, 392, 2°, 398 en 401, in verband met de artt. 256, 257, 247, 211, 216, 221 en 223 alle van het W. v. Strafv.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat blijkens de beide bovenvermelde vonnissen aan den requirant is telastgelegd, dat hij op 22 Aug. 1900 des nacht omstreeks 12³/₄ uur in de gemeente Maastricht als houder van het huis, gelegen aan het Vrijthof nº 7, waarin gelagen worden gezet. alsnog in het herberglokaal dier herberg eenige

bezoekers aanwezig heeft gehad en dat deze telastlegging zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep in haar geheel bewezen is verklaard;

dat dit bewijs door den Kantonrechter, en ten gevolge der overneming van diens gronden door de Rechtbank, is ontleent aan het op hunnen ambtseed opgemaakte proces-verbaal van twee politie-beambten, volgens de vonnissen inhoudend: „dat de verbalisanten „hebben gezien en bevonden, dat op 21 Aug. 1900 „des voormiddags omstreeks 12¾ uur in het huis, „gelegen aan het Vrijthof n°7, bewoond door den be„klaagde (nu requirant) in het door hem daarin „gehouden herberglokaal nog eenige bezoekers aanwezig waren";

dat blijkens het bestreden vonnis de Rechtbank heeft verworpen de bezwaren, namens den requirant ingebracht zoo tegen de wettigheid dezer bewijsvoering als tegen de toepassing der in hoofde dezes vermelde verordening op den requirant, o. a. overwegende: „dat bij die verordening onder herbergen enz. worden „verstaan huizen waar gelagen worden gezet en het „aan houders dier huizen wordt verboden, in de tot „herberg of koffiehuis bestemde lokalen gasten te „hebben of te ontvangen gedurende zekere uren van „den nacht; dat bijgevolg door de verbalisanten niets „meer was te constateeren dan hunne bevinding op het „verboden tijdstip, dat in het lokaal van beklaagde, „door hem gebezigd als herberg of koffiehuis, zich „bevonden personen, die daar niet tot de bewoners be„hoorden"; mitsgaders dat: „aan het woord „bezoe„kers" van herbergen en koffiehuizen in het hier „mede in aanmerking komende art. 3 der meerge„melde verordening door den plaatselijken wetgever „eene geheel onbeperkte beteekenis als voormeld is

„gegeven", welk „voormeld" is een terugslag op de beslissing dat „bezoekers": „wil zeggen personen die in „dat lokaal verwijlen en er niet te huis behooren";

O., dat tegen deze beslissingen het voorgedragen cassatiemiddel is gericht en ter ondersteuning daarvan in hoofdzaak wordt aangevoerd, dat verbalisanten onmogelijk door zintuigelijke waarneming konden constateeren of de in het herberglokaal aanwezige personen „bezoekers" waren, maar hiervoor steeds eene redeneering noodig is, onverschillig of men aan dat woord eene beperkte of onbeperkte beteekenis toekent; dat bovendien gezegd woord de beperkte beteekenis heeft van „gelagmakende personen", hieromtrent niets is gebleken en het niet tot de competentie van de verbalisanten behoorde, maar van den rechter om uit te maken of er in casu sprake van „bezoekers" kon zijn; dat voorts een gelijksoortig betoog wordt gevoerd ten aanzien der aanduiding van het lokaal, waarin de verbalisanten personen aanwezig vonden, als „herberglokaal" of „huis waarin gelagen worden gezet" in hun proces-verbaal;

O. ten aanzien van dit middel, dat de op den requirant toegepaste verordening onder andere inhoudt: in art. 1 dat „onder huizen, waar gelagen gezet worden, „worden verstaan alle tapperijen, herbergen, bier-, „wijn- en koffiehuizen en alle huizen waar eet- of „drinkwaren verkocht worden om op de plaats zelve „te worden gebruikt"; in art. 2 het verbod aan de houders dier huizen „in deze lokalen en plaatsen bezoe- „kers te hebben of te ontvangen van af des nachts twaalf „uur tot zonsopgang gedurende de maanden April tot „en met Sept." en in art. 3: „het is verboden zich „als bezoeker te bevinden in een der in art. 1 genoem- „de lokalen en plaatsen gedurende den tijd, in art.

„2 vermeld"; dat voorts art. 4 luidt: „Als bezoekers „worden niet beschouwd de leden des huisgezins, noch „de buitenshuis wonende ouders of kinderen van den „houder van het huis, noch in de huizen, waar nacht-„verblijf wordt verschaft, die personen, die aldaar „nachtverblijf houden en zich niet ophouden in de „publieke gelagkamer. Evenmin worden als bezoekers „beschouwd zij, wier tegenwoordigheid wegens drin-„gende omstandigheden vereischt wordt";

dat uit het verband dier artt. volgt, dat onder „bezoekers" van een huis, als bedoeld in de artt. 1 en 2 der verordening, worden aangemerkt zij die aldaar tegenwoordig zijn behalve de in art. 4 uitgezonderden;

dat toch bij eene meer beperkte opvatting van art. 3 geen reden zou bestaan om door art. 4 van het verbod vrij te stellen de leden van het gezin, die nimmer bezoekers in den eigenlijken zin van het woord zijn, en evenmin om door het slot van art. 4 aan alle tegenwoordige personen de verplichting op te leggen, om door het aantoonen van dringende omstandigheden hunne „tegenwoordigheid" te rechtvaardigen;

dat ook de bepaling van art. 4 omtrent de nachtverblijf houdende personen deze opvatting steunt, daar zij wel degenen, die in het huis ter zake van nachtverblijf aanwezig zijn, niet als „bezoekers" wil hebben aangemerkt, maar bij tegenstelling hunne tegenwoordigheid in de publieke gelagkamer genoegzaam acht om hen onder de „bezoekers" te rekenen;

O., dat dus de Rechtbank met juistheid heeft overwogen, dat door de verbalisanten niets meer was te constateeren dan hunne bevinding op het verboden tijdstip, dat in het lokaal van den requirant, door

hem gebezigd als herberg of koffiehuis, zich bevonden personen die daar niet tot de bewoners behoorden; dat de processen-verbaal, deze bevinding inhoudende, als wettig bewijs dienaangaande konden dienen, omdat wat daarin vermeld wordt vatbaar is voor zinnelijke waarneming en haar inhoud kon strekken tot grondslag van requirants veroordeeling, nu bij het bestreden vonnis bovendien feitelijk is beslist: „dat geen beroep is „gedaan op de omstandigheid, dat bedoelde bezoekers „zouden vallen in eene der uitzonderingen, in art. 4 „der genoemde verordening omschreven";

O., dat in cassatie de onwettigheid van voorzegd bewijsmiddel nog wordt beweerd op grond, dat aanwezigheid in een „herberglokaal" niet door de zinnen kan worden waargenomen, maar is eene meening bij redeneering uit waarnemingen opgemaakt, doch deze bewering evenmin opgaat;

dat immers een herberglokaal is die localiteit, welke aan hare inrichting haar karakter van dergelijk lokaal ontleent evenals andere localiteiten in eene woning aan hare inrichting haar karakter van woonvertrek, slaapvertrek, keuken, enz. ontleenen; dat dergelijke inrichting en dientengevolge het karakter van „herberglokaal" is vatbaar voor zintuigelijke waarneming;

O., dat dus het voorgestelde cassatiemiddel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 49.

FAILLIETVERKLARING (NIET GEBONDENHEID AAN DE VOORSCHRIFTEN VAN WETTELIJK BEWIJS BIJ HET RECHT DOEN OP EEN VERZOEK VAN).

De rechter, in eersten aanleg of hooger beroep recht doende op een verzoek van faillietverklaring, is niet

gebonden aan de voorschriften van wettelijk bewijs. Hij kan ambtshalve zonder eenige formaliteit personen hooren en is niet beperkt in de keuze dier personen, noch in de wijze waarop hij van hunne inlichtingen gebruik heeft te maken.

Request:

Aan de H. R. der Ned.

Geeft eerbiedig te kennen:

Jhr H. P. T. zich gewoonlijk noemende H. T., wonende op zijn landgoed Swaenenburg te 's-Graveland, doch ten deze domicilie kiezende te 's-Gravenhage aan de Molenstraat 35 bij den advocaat Mr. W. A. T.

dat hij bij vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam dd. 2 Januari 1901 is verklaard in staat van faillissement op de daartoe ingediende requesten van J. E. S. en Th. P.;

dat dit vonnis bij arrest van het Hof te Amsterdam dd. 30 Januari 1901 is bevestigd, tegen welk arrest requestrant het na te melden middel van cassatie wil aanvoeren:

Sch. en verk. toepassing van de artt. 1, 4, 6, 8, der Faillissementswet, omdat het Hof, blijkens zijne beschikking heeft recht gedaan, na te hebben gezien een request namens Gebrs. K. en C° te Breda door Mr. K. J. Ph. ingediend en na Mr Ph. qq. daarop te hebben gehoord, hoewel in prima door genoemde firma K. en Co geen request tot faillietverklaring was ingediend en nu geen acht mag worden geslagen op nieuwe verzoeken, voor het eerst in appel gedaan, terwijl bovendien, waar art. 4 der Faillissementswet de behandeling in raadkamer gelast, Mr. K. J. Ph. als gemachtigde van de firma K. en C°. — die in deze geen partij was — niet had mogen worden toegelaten, veel minder worden gehoord, iets wat voor requestrant des te grievender is, nu het Hof

overweegt, dat ook uit de mededeelingen van Mr. Ph. het bestaan van meerdere schulden is gebleken daar die mededeelingen niet zijn tegengesproken — een tegenspraak, die requestrant en zijnen raadsman onmogelijk werd gemaakt doordien 's Hofs President het woord, hiertoe gevraagd, heeft geweigerd, — de zaak voldoende toegelicht verklaarde en de debatten heeft gesloten.

Redenen waarom requestrant zich wendt tot Uwen Raad met eerbiedig verzoek te vernietigen de beschikking ten deze op 30 Januari 1901 door het Gerechtshof te Amsterdam gegeven, met zoodanige verdere beschikking als de Hooge Raad zal vermeenen te behooren.

't Welk doende enz.

(Geteekend) W. A. T.

advocaat.

Conclusie van den Adv.-Gen. Gregory:

De Proc.-Gen. bij den H. R. der Ned.,

Gezien bovenstaand verzoekschrift en het daartegen ingediende antidotaal;

Gehoord de raadslieden van partijen in hunne voordracht ter raadkamer;

Overwegende, wat de hoofdgrief betreft, dat het middel afstuit op de *feitelijke* beslissing in het aangevallen arrest: „dat alzoo het beroepen vonnis behoort te worden bevestigd *op het door den oorspronkelijken requestrant Th. P. ingediend request*;

Overwegende voorts dat de wet den rechter in appel niet verbiedt, zijne overtuiging, dat de faillietverklaring gegrond is, te putten uit feiten en omstandigheden, die in eersten aanleg niet bekend waren of na de behandeling in eersten aanleg zijn opgekomen (Hooge Raad 2 December 1898 (N. Rspr. 180, § 34);

Overwegende eindelijk wat aangaat de grief, bij het

slot van het middel vermeld, dat uit de stukken in geene deele blijkt van de bedoelde weigering van den President van het Gerechtshof;

Overwegende dat mitsdien het middel is ongegrond;

Concludeert tot verwerping van het beroep.

Parket 16 Februari 1901.

Arrest van den H. R. van 1 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Recht doende op het verzoekschrift van Jhr. H. P. T., zich gewoonlijk noemende H. T., wonende op zijn andgoed Swaenenburg te 's-Graveland, ten deze domicilie gekozen hebbende te 's-Gravenhage, bij Mr. W. A. T., advocaat te 's-Gravenhage requirant van cassatie tegen een arrest, door het Gerechtshof te Amsterdam op 30 Januari 1901 uitgesproken op het hooger beroep van den requirant tegen het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam, uitgesproken op 2 Januari te voren, waarbij de requirant is verklaard in staat van faillissement;

Gelet op de toelichting in raadkamer van het verzoekschrift en de bestrijding namens den gerequestreerde Th. P. op wiens verzoek de faillietverklaring is uitgesproken;

Gezien de stukken;

Gezien de conclusie van den Proc.-Gen, strekkende tot verwerping van het beroep;

Overwegende, dat blijkens het beklaagde arrest is gezien een verzoekschrift van Gebr. K. en C°. kassiers te Breda, strekkende tot bevestiging van het voormelde vonnis, en dat ter raadkamer van het Gerechtshof zijn gehoord de voornoemde requirant en zijn raadsman Mr. D. E. L., Mr. H. A. E. M., raadsman van de gerequestreerden J. E. S. en Th. P. en wijders Mr. K. J. Ph. advocaat en procureur namens Gebr. K. en C°. te Breda, alsmede Mr. A. W. L. H. R. en Mr. P

C, V., benoemde curators in het faillissement, en dat het Hof, na de toelichtingen en inlichtingen van dezen te hebben gehoord, heeft overwogen, dat de vordening van den oorspronkelijken requestrant J. E. S, die evenals Th. P. bij verzoekschrift het verzoek tot faillietverklaring had ingediend, terwijl de Rechtbank op beider verzoek de faillietverklaring had uitgesproken, niet meer aanleiding tot het daarop grondvesten eener faillietverklaring kan geven, omdat het bedrag dier vordering na het vonnis gerechtelijk is aangeboden, welk aanbod is gevolgd door consignatie en dat het Hof dientengevolge in hooger beroep alleen recht heeft gedaan op het verzoekschrift, ingediend door Th. P.;

dat betreffende diens vordering is overwogen, dat deze niet is tegengesproken, doch dat alleen is beweerd, dat deze door eene schikking op 6 November 1900 zou zijn tenietgegaan, maar dat niet is aangetoond, dat die schikking zou zijn tot stand gekomen, terwijl zelfs namens den gefailleerde is verklaard, dat nog eene overeenkomst noodig was, om die schikking haar beslag te doen krijgen; — dat wijders volgens 's Hofs overweging uit de mededeelingen van de curators en van voornoemden Mr. K. J. Ph., noch door den requirant, noch door zijn raadsman tegengesproken, is gebleken, dat de requirant nog meerdere opeischbare schulden heeft; terwijl eindelijk door den raadsman namens den requirant nog is verklaard, dat de requirant wanneer met Th. P. geene schikking tot stand kwam, niet bij machte zou zijn, om diens vordering reëel te voldoen; — dat het Hof op deze gronden het vonnis heeft bevestigd;

Overwegende, dat daartegen is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 4, 6 en 8 der Faillissementswet, omdat het Hof, blijkens zijne beschikking heeft recht gedaan, na te hebben

gezien een request namens gebroeders K. en Co te Breda door Mr. K. J. Ph. ingediend en na Mr. Ph· qq. daarop te hebben gehoord, hoewel in prima door genoemde firma K. en C°. geen request tot faillietverklaring was ingediend en nu geen acht mag worden geslagen op nieuwe verzoeken, voor het eerst in appel gedaan, terwijl bovendien, waar art. 4 der Faillissementswet de behandeling in raadkamer gelast, Mr. K. J. Ph. als gemachtigde van de firma K. en C°. — die in deze geen partij was, niet had mogen worden toegelaten, veel minder gehoord, iets wat voor requestrant des te grievender is, nu het Hof overweegt dat ook uit de mededeelingen van Mr. Ph. qq het bestaan van meerdere schulden is gebleken, daar die mededeelingen niet zijn tegengesproken een tegenspraak die requestrant en zijnen raadsman onmogelijk werd gemaakt, doordien s'Hofs President het woord, hiertoe gevraagd, heeft geweigerd, de zaak voldoende toegelicht verklaarde en de debatten heeft gesloten;

Overwegende dienaangaande, dat blijkens het bovenoverwogene in het beklaagde arrest geen recht is gedaan op het verzoekschrift namens de firma K. en C°. te Breda door Mr. K. J. Ph. ingediend, maar eeniglijk op het verzoekschrift van Jh. P.; -- dat wel genoemde Mr. P. door het Hof in raadkamer is gehoord en dat ook op zijne inlichtingen is acht geslagen; maar dat hierdoor geen der aangehaalde artt. is geschonden, vermits de rechter in hooger beroep in de behandeling, ingevolge art. 10 der Faillissementswet op de wijze voorgeschreven bij de artt. 4 en 6, heeft te onderzoeken of summierlijk blijkt van de feiten en omstandigheden, die aantoonen, dat de schuldenaar in staat van faillissement verkeert en daarbij niet gebonden is aan de voorschriften van wettelijk bewijs, zoodat hij ambtshalve zonder eenige formaliteit personen kan

hooren om de vereischte inlichtingen te erlangen en in de keuze dier personen niet beperkt is, noch in de wijze, waarop hij van hunne inlichtingen gebruik heeft te maken;

Overwegende wijders, dat in het beklaagde arrest wel is vermeld, dat inlichtingen door den requirant en zijn raadsman zijn verstrekt, maar dat, daargelaten welke gevolge dergelijke weigering zou gehad hebben van eene weigering, om het woord te voeren tot tegenspraak van de bewering van een der gehoorde personen omtrent het bestaan van meerdere schulden, hoegenaamd geen bewijs is bijgebracht;

Overwegende, dat het middel derhalve ongegrond is;

Verwerpt het beroep.

§ 50.

SCHEEPSVERKLARING. — BEWIJSVOERING TEGEN SCHEEPSVERKLARING.

Bij het derde lid van art. 384 *W. v. K., zooals het luidt ingevolge de wet van* 31 *Dec.* 1896 (*Stbl. No.* 244), *is de toepasselijkheid der artt.* 1947 *en* 1950 *B. W. slechts uitgesloten voor het geval van bewijsvoering door getuigen tegen en voor den inhoud eener scheepsverklaring.*

Conclusie van den Proc.-Gen. Polis:

Het middel, waarop deze voorziening steunt, luidt: S. en v. T. van art. 384 K. gelijk het thans luidt volgens art. 4 der wet van 31 Dec. 1896 (Stbl. No. 244) en van art. 1950 B. W. jis de art. 199, 200 en 208 Rechtsv., door in het tusschen partijen aanhangig rechtsgeding, strekkende tot vergoeding van schade door eene aanvaring veroorzaakt, gegrond te verklaren de wrekingen der getuigen J. M. B., C. S.

Th. R., L. J. v. d. H., K. W. K. W., H. W., P V., C. A. L., B. H. en P. A. D., voorgesteld, wat de acht laatstgenoemden betreft, op den enkelen grond van de tusschen ieder hunner en de toen gedaagde, eigenares, van een der door die aanvaring beschadigde schepen, bestaande dienstbetrekking, en wat den getuige J. H. B. betreft, bovendien op grond van zijn belang bij het geding, en alzoo alle krachtens art. 1950 B. W., zulks niettegenstaande al die getuigen tot de equipage van bedoeld schip behoorden en laatstgenoemd wetsartikel bij art. 384 K., gelijk het thans luidt buiten toepassing verklaard wordt bij getuigenbewijs o. a. ten aanzien van hen, die tijdens de ongevallen tot de equipage van het schip behoorden, zonder dat de wet daarbij eenige nadere onderscheiding maakt.

Bij de wet van 31 Dec. 1896 (Stbl. No. 244) zijn wijzigingen gebracht in de artt. 379, 380, 383 en 384 K., alle betreffende de scheepsverklaring. Daardoor is in art. 384 K., na de bepaling „het tegenbewijs wordt aan alle belanghebbende vrijgelaten" gekomen een geheel nieuw derde lid aldus luidende: „Bij getuigenbewijs blijven ten aanzien van hen die tijdens de ongevallen tot de equipage of de passagiers van het schip behoorden, de artt. 1947 en 1950 van het Burgelijk Wetboek buiten toepassing, doch kunnen in eerstgemeld artikel genoemde personen zich van het afleggen van getuigenis verschoonen".

Reeds daaruit dat deze bepaling *aldus* in de wet is opgenomen, niet als een op zich zelf staand voorschrift, maar als eene aanvulling van datgene wat art. 384 K. omtrent de scheepsverklaring inhield, maakt meer onhoudbaar de stelling der eischeresse, dat de nieuwe bepaling is een voorschrift, dat niet alleen moet gelden (zooals de Rechtbank meent) waar

getuigen moeten worden gehoord bij of naar aanleiding van bewijsvoering, tegen een scheepsverklaring wat volgens de feitelijk beslissing, waartegen bij het middel niet wordt opgekomen, in deze het geval niet is,maar algemeen overal waar bewijs door getuigen van verliezen of rampen te leveren is. En dat eene zoo ingrijpende afwijking van de bepaling van het Burgerlijk Wetboek ook niet door den wetgever is bedoeld, kan, dunkt mij, niet worden ontkend.

Aanvankelijk begon de bepaling, die ons hier bezig houdt, niet met de woorden *bij getuigen bewijs*, maar met het woord *daarbij*, en nu bestond de mogelijkheid dat, werd de wet aldus geredigeerd, zij zou worden opgevat in dien zin, dat alleen in het geval van tegenbewijs door de partij, die niet is in het bezit der scheepsverklaring, voor wat de equipage of passagiers betreft die deze partij zou willen doen hooren, artt. 1947 en 1950 B. W. buiten toepassing zouden moeten blijven. En dat zou onbillijk zijn; want waarom zou aan de partij, die de scheepsverklaring waarop zij zich beroept, wil bevestigen, door getuigen, het voorrecht moeten worden onthouden, dat aan de partij, die het in de scheepsverklaring gelegen bewijs door getuigenbewijs wil ontzenuwen, toegekend wordt?

En daarom stelde de Regeering voor het woord „*daarbij*" te vervangen door de woorden bij „*getuigenbewijs*".

„Het is mij wenschelijk gebleken" (zoo sprak de „Minister van Justitie in de Tweede Kamer) „in den „tweeden regel van het tweede lid eene zeer kleine „wijziging te brengen, eenvoudig hierin bestaande, „dat het woord „Daarbij" veranderd wordt in „„Bij getuigenbewijs". De bedoeling blijft volkomen

„dezelfde. Het woord „Daarbij" zou echter aanleiding „kunnen geven tot eene opvatting, die noch de Re„geering, noch, naar ik geloof, de commissie van „rapporteurs wenschelijk zou achten. Wanneer de „zaak voor den rechter komt, moet niet alleen de „tegenpartij, maar ook de partij die in het bezit is „van de scheepsverklaring, nog andere getuige kun„nen bijbrengen, en ten aanzien van beide soorten „van getuigen moet de bepaling van het tweede lid „gelden". De commissie van rapporteurs had geen bezwaar tegen deze wijziging, en, toen het artikel bij de Eerste Kamer in behandeling kwam verklaarde dezelfde Minister nogmaals, „dat die wijziging strekte „om beter te doen uitkomen, dat het lid van het artikel beginnende met de woorden „*bij getuigenbewijs*" eene bepaling bevat die niet alleen ten gunste „van de *tegenpartij* kan worden ingeroepen".

Men vindt dit alles ook bij v. d. Hoeven, wetgeving 1896 4e stuk. pag. 103 en 104.

Die bedoeling van den wetgever is, dunkt mij niet twijfelachtig. En met die bedoeling strookt ook de tekst der bepaling „bij getuigenbewijs blijven ten aanzien van hen, die tijdens *de* ongevallen tot de equipage of de passagiers van het schip behoorden, de artt. 1947 en 1950 van het B. W. buiten toepassing", want waar aldus gesproken wordt van *de ongevallen* en niet van *ongevallen*, kunnen niet wel andere ongevallen zijn bedoeld dan die waarvan in de voorafgegaande bepalingen van hetzelfde artikel sprake is, en dat zijn de ongevallen tot welker bewijs de scheepsverklaring moet strekken, beroep op de scheepsverklaring is gedaan.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eischeresse in de kosten.

Arrest H. R. van 1 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie enz.;

Gezien de stukken:

Overwegende, dat de eischeres zich in cassatie heeft voorzien tegen het incidenteele vonnis, door de Arr. Rechtbank te Amsterdam, derde kamer, den 29en Juni 1900 tusschen partijen gewezen, voor zoover de voorgestelde wrakingen van na te noemen getuigen daarbij zijn gegrond verklaard en bepaald is, dat die getuigen niet zullen worden gehoord, en als middel van cassatie heeft voorgesteld: Schending of verkeerde toepassing van art. 384 van het W. v. Kooph., gelijk het thans luidt volgens art. 4 der wet van 31 Dec. 1896 (Stbl. n°. 244), en van art. 1950 van het B. W. in verband met de artt. 199, 200 en 108 van het W. v. B. Rv., door in het tusschen partijen aanhangige rechtsgeding, strekkende tot vergoeding van schade door eene aanvaring veroorzaakt, gegrond te verklaren de wrakingen der getuigen J. H. B., C. S. Th. R., L. J. v. d. M., K, H. K. W.. H. W., P. V., C. A. L. B. H. en P. A. D., voorgesteld wat de acht laatstgenoemden betreft op den enkelen grond van de tusschen ieder hunner en de toen gedaagde, eigenares van een der door die aanvaring beschadigde schepen, bestaande dienstbetrekking, en wat den getuige J. H. B. betreft bovendien op grond van zijn belang bij het geding, en alzoo alle krachtens art. 1950 B. W., zulks niettegenstaande al die getuigen tot de equipage van bedoeld schip behoorden en laatstgenoemd wetsart. bij art. 384 van het W. v. Kooph., gelijk het thans luidt, buiten toepassing verklaard wordt bij getuigenbewijs onder andere ten aanzien van hem, die tijdens de

ongevallen tot de equipage van het schip behoorden, zonder dat de wet daarbij eenige nadere onderscheiding maakt;

O., dat de tegenwoordige verweerder in zijne hoedanigheid van de tegenwoordige eischeres heeft gevorderd schadevergoeding ter zake van eene aanvaring op 11 Juni 1898 op de nieuwe Maas van het aan de door den verweerder vertegenwoordigde reederij toebehoorende stoomschip „Maasnympl II" door het aan de eischeres toebehoorende stoomschip „Koningin Regentes";

dat de tegenwoordige eischeres de posita van den eisch heeft ontkend, onder overlegging van eene scheepsverklaring harerzijds, waarop de tegenwoordige verweerder bij interlocutoir vonnis der Arr. Rechtbank te Amsterdam is toegelaten tot het bewijs door getuigen van de door hem tot staving van zijne vordering gestelde feiten;

dat nadat het getuigenverhoor aan zijde van den tegenwoordigen verweerder had plaats gehad, op de voor de contra-enquête bepaalde terechtzitting voor den tegenwoordigen verweerder de wraking is voorgesteld van de door de tegenwoordige eischeres voorgebrachte getuigen, op grond van dienstbetrekking en belang, en de Rechtbank de voorgestelde wrakingen gegrond heeft verklaard, en bepaald heeft dat de bedoelde getuigen niet zouden worden gehoord, op de overweging: dat het in het derde lid van art. 384 van het W. v. Kooph., zooals het luidt ingevolge de wet van 31 Dec. 1896 (Stbl. nº 244), bedoelde geval in deze niet aanwezig was, „daar, hoewel door gedaagde (thans eischeres) eene scheepsverklaring in het geding is gebracht, het den eischer (thans verweerder) bij interlocutoir vonnis dezer Rechtbank en Kamer van 18 Oct. 1899 opgelegd bewijs, waarvan thans het tegenbewijs zou moeten geleverd worden, uitsluitend strekt tot

staving van des eischers (thans verweerders) eigene posita, geenszins tot weerlegging van den inhoud dier scheepsverklaring";

O., dat op grond van deze feitelijke overweging gegeven beslissing, waartegen het middel van cassatie is gericht, is juist, daar in het aangehaald derde lid van art. 384 van het W. v. Kooph. de toepasselijkheid van de artt. 1947 en 1950 van het B. W. slechts wordt opgeheven voor het geval van bewijsvoering door getuigen tegen en vóór den inhoud van eene scheepsverklaring;

O., dat dit blijkt uit het verband van de verschillende deelen van het artikel, waarin alleen sprake is van scheepsverklaringen en bewijsvoering naar aanleiding daarvan, en bevestigd wordt door de geschiedenis van het tot stand komen van de bedoelde bepaling;

dat toch, blijkens het verslag van het mondeling overleg tusschen den Minister van Justitie en de Commissie van Rapporteurs over het wetsontwerp (Handelingen Staten-Generaal 189 5/6, Tweede Kamer, Bijlage 12 n° 3 bladz. 1 en volg.) de Minister geen gevolg heeft willen geven aan het verlangen van sommige leden der Kamer om de bepalingen omtrent het wraken van getuigen uit onze wetgeving verwijderd te zien, doch in beperkten zin heeft toegegeven aan den wensch van de Commissie van Rapporteurs: „dat in het Wetboek van Kooph. bij de bewijsvoering tegen de scheepsverklaringen de bevoegdheid tot het wraken van getuigen worde uitgesloten", waarbij het derde lid van art. 384 van het W. v. Kooph. is geredigeerd zooals het thans luidt, behalve dat de aanhef, in aansluiting aan het tweede lid over het tegenbewijs tegen de scheepsverklaringen luidde: „Daarbij blijven" enz.;

dat voorts bij de mondelinge behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer de Minister, met instemming van de Commissie van Rapporteurs, den aanhef van het derde lid van het artikel: „Daarbij" heeft gewijzigd in: „Bij getuigenbewijs", met deze verklaring: „De bedoeling blijft volkomen dezelfde. Het woord „daarbij" zou echter aanleiding kunnen geven tot eene opvatting, die noch de Regeering, noch, naar ik geloof, de Commissie van Rapporteurs wenschelijk zou achten. Wanneer de zaak voor den rechter komt, moet niet alleen de tegenpartij, maar ook de partij die in het bezit is van de scheepsverklaring, nog nadere getuigen kunnen bijbrengen, en ten aanzien van beide soorten van getuigen moet de bepaling van het tweede lid (thans derde) gelden" (Handelingen Staten-Generaal 189,6/7 Tweede Kamer, bladz. 108 en volgende bladz. 110); terwijl de Minister in de Memorie van Antwoord op het Voorloopig Verslag van de Eerste Kamer en bij de mondelinge behandeling in dat Staatslichaam heeft herhaald: „Niet herziening van de bepalingen omtrent het bewijs van ongevallen op zee, maar van de bepalingen betreffende de zoogenaamde buitengewone scheepsverklaring werd beoogd". (Handelingen Staten-Generaal 189 6/7, Eerste Kamer, bladz. 42 en 106);

O., dat mitsdien het voorgestelde middel van cassatie is ongegrond;

Verwerpt het beroep, en veroordeelt de eischeres in de daarop gevallen kosten.

§ 51.

VERORDENING (ALGEMEENE) VAN POLITIE TE KRIMPEN AAN DEN IJSSEL. — OPEN PLAATS, VOOR OPENBAREN DIENST BESTEMD.

Art. 117 *der algemeene politieverordening van de gemeente Krimpen aan den IJssel brengt mede, dat tot de bestanddeelen der overtreding, waaraan de requirant is schuldig verklaard, behoort, dat de open plaats, waar langs de materialen gelegd zijn, voor openbaren dienst bestemd, of voor het publiek toegankelijk is.*

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Tegen het in deze door den Kantonrechter te Schoonhoven gewezen vonnis zijn bij pleidooi drie middelen van cassatie voorgesteld. Bij de toelichting daarvan is de raadsman van den requirant getreden in vrij breede beschouwingen over de feiten, die aan dit geding zijn voorafgegaan en in appreciatie's van hetgeen daarbij door het betrokken gemeentebestuur is verricht.

Ik heb dit betreurd; immers kan in *dit* geding door U niet onderzocht, veelmin beslist worden, wat er van dit alles is, en mag daarom ook de geheel éénzijdig gegeven voorstelling van de toedracht der zaak geen invloed uitoefenen op Uwe beslissing omtrent de waarde der voorgestelde middelen. Ik zal mij dan ook streng bepalen tot bespreking dier middelen met geheele terzijdestelling van hetgeen door pleiter is medegedeeld omtrent de retro acta, en van de door hem gegeven voorstelling van de toedracht der zaak, alleen wil ik mededeelen, dat mij van bevoegde zijde eene geheel andere, van die van den pleiter sterk af-

wijkende voorstelling van der toedracht der zaak is gegeven, die de mogelijkheid openlaat, dat de pleiter éénzijdig voorgelicht tot geheel onjuiste conclusiën is gekomen;

Of dit inderdaad zoo is, heb ik op dit oogenblik hier niet te onderzoeken.

Het eerst voorgestelde middel luidt:

I. Schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 221, en 211 van het Wetboek van Strafvord., art. 625 van het Burgerlijk Wetboek, de artt. 134, 135 en 179 der Gemeentewet, de artt. 11, 19 en 117 der Algemeene Politieverordening van Krimpen aan den IJssel en art. 1. van het Wetboek van strafr, omdat, waar de beklaagde zich verdedigd heeft door te zeggen, dat het terrein, waarop hij de steenen heeft doen neerleggen, zijn eigen grond was, de Kantonrechter had moeten onderzoeken, of deze verwering juist was, daar in dat geval geene veroordeeling had mogen volgen wegens overtreding van art. 11 der Algemeene Politieverordening van Krimpen aan den IJssel, vermits dat artikel, noch eenig ander artikel van de verordening regelen stelt, waaraan Burgemeester en Wethouders het verleenen of weigeren der vergunning, om op eigen grond materialen te hebben, kunnen toetsen.

Dit middel, waarbij een beroep gedaan wordt op uwe jurisprudentie, heeft de strekking aan te toonen, dat de in deze toegepaste verordening bindende kracht mist, omdat daarbij eene verboden delegatie van wetgevende macht zou zijn gedaan, immers wordt het verleenen van vergunning tot het neerleggen van materialen geheel overgelaten aan de willekeur van Burgemeester en Wethouders, zonder dat deze daarbij aan eenig in de verordening opgenomen voorschrift gebonden zijn.

Het betrokken artikel luidt: „Het is verboden zonder „vergunning van Burgemeester en Wethouders mate„rialen, van welken aard ook, *langs* de wegen te „bergen of neder te leggen".

Het artikel bevat dus een zóó absoluut mogelijk verbod om eene speciaal duidelijk aangewezen handeling langs den weg te plegen.

Een verbod kenlijk uitgevaardigd in het belang der openbare veiligheid, ten einde te voorkomen, dat bij het gebruiken van den weg paarden schrikken van de langs den weg gestelde voorwerpen en zoodoende ongelukken doen ontstaan.

Tot het geven van zóódanig verbod is de gemeentewetgever, ook al mocht daardoor het gebruik van aan den weg grenzende eigendommen van derden eenigszins beperkt worden, m. i. zeer stellig bevoegd.

Gelijkluidende verbodsbepalingen zijn niet zeldzaam, vooral in streken, waar de wegen zich bevinden op smalle dijken, dikwerf aan beide zijden door water begrensd.

Wordt nu zóódanige verbodsbepaling onwettig, indien, gelijk in het onderhavige geval, daarbij tevens aan Burgemeester en Wethouders de onbegrensde bevoegdheid is verleend, om van het verbod dispensatie te verleenen.

Ik kan dit niet toegeven en meen dat dit ook niet afgeleid kan worden uit uwe door pleiter aangehaalde beslissingen.

Er is hier *niet* zóóals in de bij die arresten behandelde gevallen delegatie van wetgevende macht.

Aan Burgemeester en Wethouders wordt geen daad van wetgeving opgedragen, hun wordt niet overgelaten voor allen bindende voorschriften te geven.

Hun wordt alleen de macht gegeven, om in ieder

voorkomend geval den *enkele* dispensatie te verleenen van het voor *allen* geschreven verbod.

En hun macht daarbij is niet onbegrensd, doch beperkt door de verantwoordelijkheid, die zij voor de uitvoering der verordening aan den Raad schuldig zijn (cf art. 183 der Gemeentewet).

Dat het verleenen van bevoegdheid tot het verleenen van dispensatie geen verboden delegatie van macht oplevert, is trouwens een in onze wetgeving algemeen erkend beginsel.

Is er hier in abstracto geen delegatie van wetgevende macht, dan valt daarmede ook het beweren, waarop het middel is gebouwd, dat in casu concreto de rechter in factis UIT DIEN HOOFDE had moeten onderzoeken, aan wien de grond, waarop de steenen in casu waren neergelegd, in eigendom toebehoorde, *ten einde* te kunnen beslissen over de rechtsgeldigheid der Verordening.

Een eisch, dien ik trouwens niet versta. — De vraag, of de wetgever bij eenig voorschrift zich aan eene verboden delegatie van macht heeft schuldig gemaakt, dient toch uit die verordening beantwoord te worden, *geheel onafhankelijk* van de feiten, waarop men die verordening zou willen toepassen.

Het eerste middel acht ik mitsdien ongegrond.

Het tweede middel luidt:

Schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 van het Wetboek van Strafvordering, de artt. 11, 19 en 117 der Algemeene Politieverordening van Krimpen aan den IJssel, omdat, waar de beklaagde gezegd heeft, dat de Poldersche dijk geen openbare weg is, de Kantonrechter had moeten onderzoeken, of de weg, waarlangs de beklaagde de steenen zoude hebben neergelegd, de vereischten bezit, om volgens

de genoemde Politieverordening als „*weg*” te worden beschouwd.

De strekking van dit middel is, begrijp ik het wel, aan te toonen, dat het aangevallen vonnis niet voldoende met redenen is omkleed.

In dat opzicht acht ik het middel gegrond, want ook naar mijne meening is het aangevallen vonnis niet voldoende met redenen bekleed.

Wat wordt bij het straks reeds in extenso medegedeelde art. 11 der Verordening van Krimpen verboden?

Het bergen of nederleggen van materialen *langs* de wegen.

Niet, (en hierop vestig ik in 't bijzonder uwe aandacht, omdat dit onderscheid den steller der dagvaarding schijnt te zijn ontgaan), het bergen of nederleggen van materialen *op* de wegen.

Vermoedelijk heeft de gemeentewetgever van Krimpen aan den IJsel, die blijkens het feit, dat hij in de onmiddellijk voorafgaande artt. 9 en 10 en in het dadelijk, volgende art. 12, steeds spreekt van *op en langs* dit onderscheid niet uit het oog verloren heeft, in art. 11 het neerleggen en bergen van materiälen *op* de wegen niet verboden, omdat dit feit niet denkbaar is zonder belemmering van het verkeer, zoodat dit feit reeds voorzien en door den rijkswetgever strafbaar gesteld is bij art. 427 6° Wetb. v. Strafr. — Wat daarvan zij, zooveel is zeker, dat het verbod van art. 11 der Verordening alléén betrekking heeft tot hetgeen *langs* den weg geschiedt.

Ware nu het woord „weg” in gezegd artikel te verstaan in de algemeen gebruikelijke beteekenis van grond, bestemd om te dienen tot algemeen verkeer, dan ware voor de toepassing van art. 11 alleen te bewijzen, dat er was een *weg* en dat *langs* dien

weg materialen waren neergelegd. „*Weg*" zou dan in casu zijn het voor het verkeer bestemde gedeelte van den dijk en het zou verboden zijn dáárlangs materialen te bergen.

Zoo eenvoudig is de zaak echter niet. Immers bevat art. 117 der betrekkelijke verordening de algemeene bepaling, dat voor de toepassing dier verordening onder „*weg*" is te verstaan in het algemeen elke open plaats, voor openbare dienst bestemd of voor het publiek toegankelijk, onverschillig wie daarvan eigenaar is.

Het woord „weg" heeft dus in de verordening en alzoo ook in art. 11 eene veel meer omvattende beteekenis dan die welke daaraan gewoonlijk wordt gehecht. „Weg" is niet enkel meer een strook gronds, waarover het verkeer plaats heeft, doch weg omvat in de taal der verordening ook open plaatsen bestemd voor de openbaren dienst of voor het publiek toegankelijk.

Alvorens art. 11 toe te passen had de rechter daarom in casu *moeten* onderzoeken en beslissen of hier inderdaad niet *op*, doch *langs* zulk een *weg* materialen waren neergelegd.

Dit is bij het aangevallen vonnis echter niet geschied, zelfs wordt niet beslist, waar de steenen nu feitelijk zijn neergelegd, wat m. i. niet verzuimd had mogen worden, nu de beklaagde eenerzijds beweerde, dat de steenen op eigen grond waren neergelegd en anderzijds ontkende, dat de in de dagvaarding genoemde Poldersche Dijk een openbare weg is.

Ook het derde middel moet m. i. tot cassatie leiden, daarbij wordt gesteld:

Schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 211, 221, 403 en 404 Wetb. v. Strafv., 11, 19 en 117 der Algemeene Politieverordening van Krimpen aan

den IJssel omdat, waar Burgemeester en Wethouders van Krimpen aan den IJssel volgens hunne ambtseedige verklaring geene vergunning hebben gegeven, om de materialen *op* den Polderschen Dijk te plaatsen, de veroordeeling wegens het neerleggen van materialen zonder vergunning van Burgemeester en Wethouders *langs* de wegen niet is gemotiveerd, terwijl de dienaangaande door den beklaagde afgelegde bekentenis naast die ambtseedige verklaring op zich zelf staat.

Het is inderdaad waar, dat verklaring en telastelegging in deze elkander niet dekken.

Bij de dagvaarding wordt gesteld, gelijk later door den rechter als bewezen wordt aangenomen, dat er steenen *op* en *langs* den Polderschen Dijk zijn neergelegd, terwijl bij de verklaring van Burgemeester en Wethouders wel verklaard wordt, dat zij geene vergunning hebben gegeven tot het nederleggen *op*, doch niet gesproken wordt van het nederleggen *langs* den dijk, ofschoon het laatste bij art. 117 alleen strafbaar is gesteld.

Op deze gronden heb ik de eer te concludeeren, dat het den H. R. moge behagen te vernietigen, als niet voldoende met redenen bekleed, het vonnis van den Kantonrechter te Schoonhoven dd. 16 Nov. 1900, en de zaak te verwijzen naar de Arr. Rechtbank te Rotterdam, ten einde op de bestaande dagvaarding opnieuw te worden berecht en afgedaan.

Arrest H. R. van 4 Maart 1901:

De H. R. der Nederlanden,

Op het beroep van S. S., oud 41 jaren, timmerman, geboren te Sluipwijk, wonende te Krimpen aan den IJssel, requirant van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Schoonhoven van 16 Nov. 1900,

waarbij hij is schuldig verklaard aan het te Krimpen aan den IJssel zonder vergunning van B. en W. materialen langs de wegen neerleggen, viermalen gepleegd en te dier zake, met toepassing van de artt. 11, 19 en 117 der Alg. Pol. Verord. van de gemeente Krimpen aan den IJssel en de artt. 23, 57 en 62 W. v. Strafr., veroordeeld tot vier geldboeten elk van *f* 2.-, met vervangende hechtenis van 2 dagen voor elke boete;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 221 en 211 W. v. Strafv., art. 625 B. W., de artt. 134, 135 en 179 Gemeentewet, de artt. 11, 19 en 117 der Alg. Pol. Verord. van Krimpen aan den IJssel en art. 1 W. v. Strafr., omdat, waar de beklaagde zich verdedigd heeft door te zeggen dat het terrein waarop hij de steenen heeft doen neerleggen, zijn eigen grond was, de Kantonrechter had moeten onderzoeken of deze verwering juist was, daar in dat geval geene veroordeeling had mogen volgen wegens overtreding van art. 11 der Alg. Pol. Verord. van Krimpen aan den IJssel, vermits dat art. noch eenig ander art. van de Verord. regelen stelt waaraan B. en W. het verleenen of weigeren der vergunning om op eigen grond materialen te hebben, kunnen toetsen;

II. Schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 W. v. Strafv., de artt. 11, 19 en 117 der Alg. Pol. Verord. van Krimpen aan den IJssel, omdat, waar de beklaagde gezegd heeft, dat de Poldersche dijk geen openbare weg is, de Kantonrechter had moeten onderzoeken of de weg, waarlangs de beklaagde de steenen zoude hebben neergelegd, de vereischten bezit

om volgens de genoemde Pol. Verord. als „weg" te worden beschouwd;

III. Schending, immers verkeerde toepassing van de artt. 211, 221, 403 en 404 W. v. Strafv., 11, 19 en 117 der Alg. Pol. Verord. van Krimpen aan den IJssel, omdat, waar B. en W. van Krimpen aan den IJssel volgens hunne ambtseedige verklaring geene vergunning hebben gegeven om materialen op den Polderschen dijk te plaatsen, de veroordeeling wegens het neerleggen van materialen zonder vergunning van B. en W. *langs* de wegen niet is gemotiveerd, terwijl de dienaangaande door den beklaagde afgelegde bekentenis naast die ambtseedige verklaring op zich zelf staat

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat de requirant heeft terechtgestaan ter zake, dat hij op een dag omstreeks het eind van Sept. 1900 en vervolgens op 9, 11 en 12 Oct. 1900 op zijn last door C. v. d. W. telkens een partij klinker- of metselsteenen heeft doen neerleggen te Krimpen a/d IJssel op en langs „de Poldersche dijk" ter hoogte van het zoogenaamde Jamesonplein, zonder dat hij daartoe vergunning van B. en W. dier Gemeente had bekomen;

O, dat de Kantonrechter deze feiten bewezen heeft verklaard en daardoor overtreden heeft geacht art. 11 der Alg. Pol. Verord. van die gemeente, luidende: „het is verboden zonder vergunning van B. en W. „materialen, van welken aard ook, langs de wegen „te bergen of neer te leggen", terwijl op de overtreding van dit verbod straf is gesteld bij het mede toegepast art. 19 dier verord.;

O. ten aanzien van het *tweede* middel van cassatie:

dat volgens art. 117 van diezelfde verordening onder „weg" in die verordening wordt verstaan „in het

„algemeen elke open plaats, voor openbaren dienst „bestemd of voor het publiek toegankelijk, onverschillig wie daarvan eigenaar is";

dat, met het oog op deze bepaling, de Kantonrechter had moeten onderzoeken en beslissen, of de in de dagvaarding bedoelde Poldersche dijk ter plaatse waarlangs de raquirant de steenen heeft doen nederleggen, in die omschrijving valt, niet omdat—zooals bij het middel wordt gesteld—de beklaagde tot zijne verdediging heeft aangevoerd, dat de Poldersche dijk geen openbare weg is, maar omdat art. 117 medebrengt, dat tot de bestanddeelen van het strafbaar feit, waaraan de requirant is schuldig verklaard, behoort dat de open plaats, waarlangs de materialen, gelegd zijn, voor openbaren dienst bestemd, of voor het publiek toegankelijk is;

dat derhalve, nu de Kantonrechter omtrent dit bestanddeel niet blijkt te hebben beraadslaagd en niet heeft beslist, de bij dit middel aangehaalde artikelen, in verband met art. 254 W. van Strafvord. zijn geschonden en dat, vermits uit dezen hoofde het vonnis moet worden vernietigd, de overige middelen buiten onderzoek kunnen blijven;

Vernietigt het vonnis, door den Kantonrechter te Schoonhoven den 16 Nov. 1900 in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 der Wet op de R. O.:

Verwijst de zaak naar de Arr. Rechtbank te Rotterdam, ten einde op de bestaande dagvaarding te worden berecht en afgedaan.

§ 52.

JACHTWET. — FEITELIJKE BESLISSING. — ZEESTRAND. — JACHTGRONDEN.

De rechter in cassatie kan niet in een onderzoek treden, of werkelijk door een getuige is verklaard, wat hij volgens de feitelijke beslissing van het bestreden vonnis heeft verklaard.

Op grond van de op de plaatselijke werking van eb en vloed steunende gegevens is door de Rechtbank te recht aangenomen, dat de aan den requirant ten laste gelegde overtreding is gepleegd op eene plaats, die niet als zeestrand kan worden aangemerkt.

Uit de bepalingen der Jachtwet vloeit niet voort, dat buiten eene zeewering gelegen gronden niet zouden kunnen zijn JACHT*gronden.*

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Bij memorie is door den requirant als middel van cassatie voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van art. 216 Wetb. v. Strafv. in verband met de artt. 391, 392, 397, 400 en 401 van hetzelfde wetboek, van art. 35 Wetb. v. Strafrecht, van de artt. 577, 578, 579, 593, 640, 1905, 1907, en 1990, B. W., van de artt. 1, 2, 20, 40 en 45 der Jachtwet in verband met art. 10 n°. 14 der wet van 15 April 1886, Stbl. 64.

Alle welke artikelen naar requirants meening zijn geschonden, allereerst doordat 's rechters feitelijke beslissing zou rusten op eene onjuiste opvatting van hetgeen door een der getuigen zou zijn verklaard en 2° doordat de rechter ten onrechte zou hebben beslist, dat de plaats, waar de overtreding zou zijn ge-

pleegd, valt binnen het bereik der Jachtwet, als zijnde jachtveld, waarop de wet van 13 Juni 1857 Stbl. 87 van toepassing is.

Het komt mij voor, dat beide aangevallen beslissingen als van zuiver feitelijken aard in cassatie onaantastbaar zijn.

Waar de rechter beslist, dat uit de verklaringen der getuigen blijkt, dat de geul tusschen de eerste en tweede plaat, nu en dan geheel droogloopt, kan op die beslissing in cassatie niet teruggekomen worden op grond, dat de rechter de getuigen misverstaan of verkeerd begrepen zoo hebben.

Evenmin kan de Hooge Raad terugkomen op de geheel op feitelijke gegevens berustende beslissing, dat de plaats, waar beklaagde jagende is bevonden, jachtveld is en noch tot het strand, noch tot de zee behoort.

Het geldt hier een terrein gelegen bij Workum voor de Friesche kust en daarvan gescheiden door een bevaarbare geul, doch dat zoo hoog boven de zee is gelegen, dat daarop welig gras groeit, dat door de gemeente Workum wordt verpacht, welk terrein bij vloed niet onderloopt, doch slechts bij uitzondering bij hevigen storm uit het Noordwesten wel eens overstroomd wordt; vermoedelijk behoorde het in lang vervlogen dagen, toen het meer Flevo nog weinig omvang had tot het vaste land van West-Friesland, wat daarvan intusschen zij, zoo heeft de rechter, die over de feiten te beslissen had, thans uitgemaakt dat dit terrein tot jagen geschikt en als jachtveld te beschouwen is.

Op deze feitelijke beslissing stuit m. i. het bij memorie ontwikkelde middel onverbiddelijk af, waarom ik de eer heb te concludeeren tot verwerping van deze voorziening.

Arrest H. R. van 4 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van W. t. D., oud 19 jaren, arbeider, geboren te Hindeloopen, wonende te Workum, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te Leeuwarden van den 5 Dec. 1900, waarbij, op het hooger beroep door den req. ingesteld, werd bevestigd het vonnis van den Kantonrechter te Bolsward, den 26en Oct. 1900 gewezen, bij welk vonnis req. werd schuldig verklaard aan het zich met geladen schietgeweer in het veld buiten openbare wegen en voetpaden bevinden, zonder voorzien te zijn van de vereischte jachtakte, het consent bedoeld bij art. 16 of de buitengewone machtiging bedoeld bij art. 26 der Jachtwet, en hij, met toepassing van de artt. 20, 40, 45, initio sub b en 47 der wet van 13 Juni 1857 (Stbl. no. 87) tot regeling der jacht en visscherij, de artt. 23 en 35 van het W. v. Strafr. de artt. 10 principio en sub 14 en 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. no. 64) en de artt. 211, 221 en 253 van het W. v. Stratv., werd veroordeeld tot eene geldboete van vijf gulden, met vervangende hechtenis van twee dagen en met verbeurdverklaring van het in beslag genomen geweer;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. van TEIJLINGEN;

Gelet op het middel van cassatie door den req. voorgesteld bij memorie:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 216 lid 2, 391, 392, 397, 400 en 401 van het W. v. Stralv., art. 35 van het W. v. Strafr., de artt. 577, 578, 579, 593, 640, 1905, 1907, 1990 van het B. W., de artt. 1, 2, 20, 40, 45, en 47 van de wet tot regeling der jacht en visscherij van 13 Juni 1857 (Stbl. no. 87),

gewijzigd bij de wetten van 14 April 1886 (Stbl. nº. 61) en 15 April 1886 (Stbl. nº. 64);

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

O., dat in het door de Arr. Rechtbank te Leeuwarden gewezen vonnis, waarbij het door den Kantonrechter te Bolsward gewezen vonnis werd bevestigd, als wettig en overtuigend bewezen is aangenomen het bij dagvaarding ten laste gelegde feit en de schuld van den req. daaraan,: „dat hij zich den eersten Sept. 1900 „des namiddags omstreeks 4 uur op het zeestrand „onder Workum, buiten openbare wegen en voetpaden „en dus in het veld, heeft bevonden met een geladen „schietgeweer, zonder voorzien te zijn geweest van de „vereischte jachtakte, het consent bedoeld bij art. 16 „of de buitengewone machtiging bedoeld bij art. 26 „der jachtwet", aan welk bewezen feit de qualificatie is gegeven en naar aanleiding waarvan de straf is opgelegd, zooals aan het hoofd van dit arrest is vermeld;

O., dat, ter wederlegging van reqs. bewering, dat de plaats, waar hij zich destijds bevond, niet kan worden beschouwd als „zeestrand" en evenmin als „veld" in den zin der jachtwet, door de Rechtbank in de vijfde overweging van haar vonnis de verklaring van den onder eede gehoorden getuige, den rijksveldwachter D. B., is opgenomen, luidende: dat req. schietende is aangetroffen hetzij op de eerste hetzij op de tweede ten Westen van Workum buiten de zeewering gelegen plaat of bank, dat die platen, waarvan de eerste door een brug met de vaste wal is verbonden, met gras zijn begroeid, door de gemeente Workum publiek worden verpacht ter beweiding en bemaaiïng, nimmer bij vloed onder water loopen, maar enkel en alleen ingeval van een hevigen Wester of N. Wester storm;

dat de geul tusschen beide platen bij ebbe geheel droogloopt, zoodat het op de eerste plaat weidende vee zich alsdan zonder door het water te gaan op de tweede plaat kan begeven; dat eerst ten westen van de tweede plaat zich het strand bevindt, dat geregeld bij ebbe of vloed droog of onder water loopt; waarna wordt overwogen, dat op grond van die feiten en omstandigheden de plaats, waar beklaagde zich tijdens de bekeuring bevond, wel is waar niet als „zeestrand„ kan worden aangemerkt, als zijnde niet onderhevig aan ebbe en vloed, maar wèl als „veld" moet worden beschouwd in den zin der jachtwet, d. w. z., als „vaste grond", „jachtgrond", eene plaats waar wild gevangen kan worden, als een terrein buiten openbare wegen en voetpaden, geschikt om als jachtveld te dienen, terwijl, op grond van een en ander, door de Rechtbank de uitdrukking „zeestrand", in de dagvaarding vermeld, niet als eene specifieke benaming, maar als eene plaatsaanduiding, n. l., als de aanduiding van eene plaats gelegen aan gene zijde der zeewering, wordt beschouwd;

O., dat het middel van cassatie tegen deze gronden van het vonnis is gericht en wordt beweerd:

1° dat uit de vergelijking van bovenstaande overweging met het proces-verbaal der terechtzitting blijkt, dat de Rechtbank hier iets overwoog, dat niet alleen in facto niet vaststond, maar dat zelfs op de terechtzitting door genoemden rijksveldwachter eene verklaring is afgelegd, die in strijd is met het hier als eene der grondslagen van de uitspraak der Rechtbank aangevoerde, terwijl bovendien de door den rijksveldwachter ter terechtzitting afgelegde verklaring niet als eene op den ambtseed afgelegde verklaring mag gelden;

2° dat door de verklaring van den getuige rijks-

veldwachter, — blijkens het daaromtrent in het proces-verbaal ter terechtzitting gerelateerde,—geenszins volgt dat hierdoor wordt tekort gedaan aan de bewering van den req., dat de eerste geul met bootjes bevaarbaar is, en mitsdien elke samenhang van de banken in quaestie met den vasten wal ontbreekt, zoodat, op grond van hetgeen facto is uitgemaakt omtrent de ligging der bewuste gronden en het begrip van „strand" ten onrechte door de Rechtbank is overwogen, dat het strand zich eerst ten westen van de tweede zandplaat zou bevinden;

3° dat de Rechtbank ten onrechte overwoog, dat de plaats, waar gejaagd werd, moest beschouwd worden als „veld" in den zin der jachtwet; — en dat, waar de Rechtbank overwoog, dat het bewuste terrein geen strand was, terwijl het aan geen natuurlijk of juridisch persoon kon toebehooren, of gerekend werd aan den Staat te behooren, slechts de conclusie kon volgen, dat het feit, noch misdrijf noch overtreding opleverde;

O. ten aanzien van het eerste punt:

dat de rechter in cassatie niet in een onderzoek kan treden naar de vraag of hetgeen de rechter, die over de feiten oordeelt, in zijn vonnis als door den getuige onder eede ter terechtzitting verklaard heeft aangenomen, al of niet door dien getuige is verklaard;

dat voorts de door de Rechtbank uit de verklaring van den getuige geputte feiten en omstandigheden de strekking hadden om de verdediging van den req., wiens schuld aan het ten laste gelegde feit op andere in het vonnis van den Kantonrechter reeds vermelde en door de Rechtbank overgenomen gronden werd aangenomen — te wederleggen, terwijl in cassatie niet kan worden onderzocht, welke kracht aan die

getuigenverklaring had moeten worden toegekend;

O. ten aanzien van het *tweede* punt:

dat buiten beschouwing moet gelaten worden datgene wat niet in het bestreden vonnis als door den getuige verklaard is opgenomen;

dat, blijkens het hierboven vermelde, door de Rechtbank, op grond van op de plaatselijke werking van ebbe en vloed steunende gegevens, te recht is aangenomen, dat de aan den req. ten laste gelegde overtreding is gepleegd op eene plaats, die niet als zeestrand kan worden aangemerkt;

dat nu wel door den req. breedvoerig wordt betoogd, dat hier van geen strand ten westen van de twee zandplaten spraak kan zijn, omdat er geen onafgebrokan samenhang bestaat tusschen het strand en de kust, doch dat dit alles van geen invloed kan zijn op voorzegde, op juiste gronden berustende beslissing, waardoor bovendien alleen *dit* uitgemaakt is, dat de plaats waar *requirant* zich bevond, *niet* was het zeestrand;

O. ten aanzien van het derde punt:

dat in het bestreden vonnis is beslist, dat de in de dagvaarding voorkomende uitdrukking „zeestrand" moet opgevat worden in de beteekenis van eene plaats gelegen aan gene, dat is, aan de buitenzijde der zeewering, en voorts, dat die aan de buitenzijde der zeewering gelegen plaats moet worden beschouwd als „veld" of „jachtgrond", zooals dit verder hierboven, als uit het vonnis overgenomen, is omschreven, welke beslissing steunt op verschillende feiten en omstandigheden, mede hierboven vermeld;

dat, terwijl uit de bepalingen der jachtwet niet voortvloeit, dat buiten eene zeewering gelegen gronden niet zouden kunnen zijn *jacht*gronden, deze beslissing,

dat de req. zich in „het veld" bevond, in cassatie onaantastbaar is;

dat voorts wel door den req. wordt betoogd, dat de terreinen in quaestie, als in zee opgekomen banken, buiten den handel, en derhalve niet het eigendom kunnen zijn van den req. of van anderen, en dus ook niet van de gemeente Workum, die die gronden verpacht, doch dat, wat daarvan zij, in de in het vonnis opgenoemde feiten en omstandigheden wel melding wordt gemaakt van platen of banken, maar dat geenszins blijkt, dat de rechter daaraan de zin heeft gehecht van *in zee opgekomen*, van de kust geheel afgescheiden, zeeplaten of banken, zoodat aan dezen grond de feitelijke grondslag ontbreekt;

O., dat derhalve het cassatiemiddel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 53.

SCHORSING VAN EEN DIENAAR VAN POLITIE (BEVOEGDHEID TOT).

De bevoegdheid om de dienaren van politie te schorsen komt niet toe aan B. en W. krachtens art. 179 *letter q, maar aan den Burgemeester alléén krachtens art.* 191, *als uitdrukking van het ook in de artt.* 184 *tot* 190 *der Gemeentewet gehuldigde beginsel om de handhaving van de openbare orde te onttrekken aan de collegiale samenwerking en op te dragen aan den Burgemeester alléén.*

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Heeft de Burgemeester, die, ingevolge art. 191, 3e lid, der Gemeentewet het recht heeft een dienaar van politie aan te stellen en te ontslaan, ook het recht dezen te

schorsen? Zoowel de Kantonrechter als de Rechtbank te 's-Gravenhage beantwoordde deze vraag *bevestigend*. Tegen deze beslissing der genoemde Rechtbank is het cassatiemiddel gericht, luidende: „Schending en verkeerde toepassing van art. 179 lett. q van de wet regelende de samenstelling, inrichting en bevoegdheid der gemeentebesturen (Stbl. 1851 n°. 85), door aan te nemen, dat een dienaar van politie mag geschorst worden door den Burgemeester". Het bezwaar van den eischer in cassatie vindt men in de volgende toelichting van het middel: „dat toch voormelde alinea van voormeld artikel de bevoegdheid om alle uit de gemeentekas bezoldigde ambtenaren — waartoe dienaren van politie behooren — te schorsen, opdraagt aan het college van Burgemeester en Wethouders, tenzij de schorsing dier ambtenaren aan anderen is opgedragen.

Dat nu de schorsing der dienaren van politie niet aan anderen zijnde opgedragen, de ook ten hunnen aanzien bij voormelde bepaling vastgestelde regel van kracht blijft, zoodat daarop inbreuk wordt gemaakt door voormelde beslissing der Rechtbank."

Naar het mij voorkomt, is het vonnis der Rechtbank waartegen het beroep is gericht, volkomen juist gewezen.

Hij, die het meerdere mag doen, heeft ook de bevoegdheid het mindere te doen. Derhalve de Burgemeester die het recht heeft den politiedienaar te *ontslaan*, heeft ook het recht dezen te schorsen. Vanwege den eischer wordt geen bedenking gemaakt tegen de toepassing van den gestelden regel. Alleen wordt zijnerzijds beweerd, dat die regel hier niet geldt omdat, volgens hem, het ontslag *niet* is het meerdere en de schorsing *niet* is het mindere. *Schorsing* toch — zoo redeneert hij — heeft altijd het karakter

van straf, omdat zij met het inhouden van loon gepaard gaat, en kan derhalve zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet worden opgelegd. Maar wanneer de *schorsing* als straf moet worden beschouwd, omdat zij inkorting van loon ten gevolge heeft, moet het *ontslag* zonder twijfel *a fortiori* als straf worden aangemerkt, omdat dit met zich brengt dat den beambte *voor goed* zijn *geheele* loon ontnomen wordt. Er bestaat dus niet de minste reden om voor *schorsing* eene uitdrukkelijke wetsbepaling te vorderen. Hier heeft men wel degelijk het meerdere, dat het mindere in zich sluit.

Wat toch is *schorsing* anders dan een *tijdelijk*, *disciplinaire* maatregel, die den beambte voorloopig behoedt voor den veel krasseren, *definitieven* maatregel van *ontslag*?

De moeielijkheid ligt hier in art. 179 litt. q. der Gemeentewet. Want terwijl art. 191 3e al. dier wet bepaalt, dat de dienaren van politie door den *Burgemeester* worden aangesteld en ontslagen en dus, ingevolge het zoo even besprokene, ook *geschorst*, lezen wij in art. 179 litt. q., dat „het schorsen van alle uit de gemeentekas bezoldigde ambtenaren, welker schorsing niet aan anderen is opgedragen", geschiedt door het Dagelijksch Bestuur der Gemeente, d. i. *Burgemeester en Wethouders*. Moet men nu met den geachten pleiter van eischer aldus redeneeren: art. 191 zegt niet uitdrukkelijk, dat de schorsing van politieagenten door den *Burgemeester* geschiedt: ergo kunnen deze, omdat zij behooren tot de uit de gemeentekas bezoldigde ambtenaren door niemand anders dan door *Burgemeester en Wethouders* worden geschorst? Naar het mij voorkomt, zeer zeker *neen*. Vooreerst wordt er in art. 179. q. geen *uitdrukkelijke* opdracht aan anderen gevorderd. Maar ten andere — en dit is m. i. van

meer gewicht — door aldus te redeneeren ziet men de *ratio* van art. 179 geheel over het hoofd. Daarin toch wordt alleen de werkkring van het Dagelijksch Bestuur tegenover dien van den *Raad* (art. 134 vlg.) aangeduid en omschreven. Eene bepaling omtrent de bevoegdheid van den *Burgemeester* zou in dat artikel niet op hare plaats zijn. Over de macht en de bevoegdheid van *dezen* t. a. van de handhaving der openbare orde (en daarmede hebben wij hier, waar het de aanstelling enz. van politiedienaren geldt, natuurlijk te doen) wordt *elders* gehandeld, nl. in de artt. 184 vlg. En nu blijkt duidelijk uit hetgeen bij de behandeling der Gemeentewet is te berde gebracht, vooral uit hetgeen door de *Regeering* is verklaard, dat men bij die bepalingen, voornamelijk op het oog had eenheid van handeling en snelheid van uitvoering, waarvan geen sprake kon zijn wanneer de bevoegdheid in de daar besproken gevallen in plaats van aan één persoon, dien des Burgemeesters, was toegekend aan een college, dat uit den aard der zaak niet bij machte is op elk gegeven oogenblik de vereischte bevelen te geven, zooals b. v. de *Raad* of het college van *Burgemeester en Wethouders*. Men zie daaromtrent Francken de Gemeentewet, bl. 367/8., 375 en 382.

En niet alleen dat aan den Burgemeester in art. 184 vlg. de bevoegdheid is toegekend tot handhaving der openbare orde, bij art. 190 wordt *in het bijzonder* o. a. ten aanzien der dienaren van politie bepaald, dat deze, voorzooveel de gemeentepolitie betreft staan „*onder de bevelen van den Burgemeester*", terwijl in art. 191 wordt gezegd, dat *de Burgemeester* „hun de noodige *ambtsinstructie* geeft". En zou het nu niet met het gansche stelsel der wet in lijnrechten strijd zijn hier op de bevoegdheid van den Burgemeester

eene, door niets gewettigde, uitzondering toe te laten en hem het recht tot *schorsing* der onder *zijne* bevelen staande politiedienaren te ontzeggen?

De eischer heeft nog een ander argument, een beroep nl. op den regel: „qui de uno dicit, de altero negat". Nu is het bekend dat deze regel niet dan met de uiterste voorzichtigheid mag worden toegepast.

De bedoeling is deze. In art. 191 1e al. leest men: „De Commissaris van politie wordt door Ons benoemd, *geschorst* en ontslagen." Daarentegen luidt de 3e al. van dat artikel: „De dienaren van politie worden ..... aangesteld en ontslagen door den Burgemeester".

In die 3e al. wordt dus, in tegenstelling met de 1e, van *schorsing* geen gewag gemaakt: ergo. Is nu het beroep op den genoemden regel meestal zwak, hier is het geheel krachteloos, omdat bekend is hoe dit woord in de wet is gekomen. In het ontwerp werd het niet gevonden, doch omdat de Kamer in het ontbreken van dat woord eene „leemte" meende te zien heeft de Regeering aan haren wensch gevolg gegeven, cf. FRANCKEN bl. 381/82. Maar daaruit dat dit woord in het ontwerp ontbrak, kan veilig worden afgeleid, dat ook de Regeering van oordeel was dat in de bevoegdheid tot *ontslaan* ook die tot *schorsen* was begrepen. Intusschen was de aandacht der Kamer niet gevallen op twee andere „leemten", nl. dat eveneens het woord schorsing niet gevonden wordt in de 3e al., waar over de aanstelling en het ontslag der *dienaren van politie* door den *Burgemeester* wordt gehandeld, en evenmin in de 5e al., waar van eene benoeming en een ontslag der veldwachters door den *Commissaris des Konings* sprake is. Ik zeg dat de *aandacht* der Kamer niet op de beide laatstgenoemde punten gevallen is. Want ik acht het ondenkbaar, dat zij voor den *Commissaris van Politie* het

recht tot schorsing toekennende aan den Koning, bij wien het recht tot benoeming en ontslag berust, dit t. a. der *dienaren van politie* zou hebben willen ontzeggen aan den Burgemeester, aan wien het recht van aanstelling en ontslag t. a. van *deze* beambten bij de wet is verzekerd. En evenzeer beschouw ik de stelling als geheel onaannemelijk, dat de veldwachters wel door den Commissaris des Konings in de Provincie moeten worden benoemd en ontslagen, maar dat hunne schorsing slechts kan geschieden door het Dagelijksch Bestuur der Gemeente.

In de Gemeentestem no 2172 wordt dit laatste dan ook te recht „vreemd" genoemd.

Zie verder omtrent deze quaestie in denzelfden zin als ze door mij wordt opgevat, Gemeentestem no. 1136, Weekbl. v. Burg. Admin. no. 1267 en een vonnis van de Rechtbank te Groningen dd. 27 Januari 1894 in Weekbl. v. h. Recht no. 6562. — Eene tegenovergestelde meening is de Hoogleeraar OPPENHEIM Het Nederlandsch Gemeenterecht, bl. 214, toegedaan. Ik vind echter bij dezen schrijver geen ander dan het reeds zoo even weerlegde argument uit art. 1799 der Gemeentewet.

Ten slotte zij nog opgemerkt, dat wanneer de bevoegdheid tot *schorsing* van den politiedienaar aan den Burgemeester wordt ontzegd, deze in vele gevallen wel genoodzaakt zal zijn tot den krasseren maatregel, het *ontslag*' zijn toevlucht te nemen.

Conclusie tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 8 Maart 1901:

De H. R. der Nederlanden,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc-Gen,. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het vonnis den 27 Maart 1900 door de Arr. Rechtbank te 's Gravenhage tusschen partijen gewezen als eenig middel van cassatie is aangevoerd: Schending en verkeerde toepassing van art. 179 litt. q van de wet regelende de samenstelling, inrichting en bevoegdheid der gemeentebesturen (Stbl. 1851, No. 85), door aan te nemen, dat een dienaar van politie mag geschorst worden door den Burgemeester; — dat toch voormelde alinea van vormeld art. de bevoegdheid om alle uit de Gemeentekas bezoldigde ambtenaren, waartoe dienaren van politie behooren — te schorsen, opdraagt aan het College van B. en W., tenzij de schorsing dier ambtenaren aan anderen is opgedragen; dat, nu de schorsing der dienaren van politie niet aan anderen zijnde opgedragen, de ook ten hunnen aanzien bij voormelde bepaling vastgestelde regel van kracht blijft, zoodat daarop inbreuk wordt gemaakt door voormelde beslissing der Rechtbank;

Overwegende daaromtrent:

dat, blijkens het bestreden vonnis, de ingestelde vordering strekte tot betaling van ƒ137,50, met de wettelijke renten sinds den dag der dagvaarding, uitmakende het bedrag van nog onbetaalde bezoldiging van eischer van af 20 Aug. 1898 tot 21 Nov. 1898, zijnde hij op eerstgenoemden dag door den Burgemeester van 's Gravenhage in zijne betrekking van dienaar van politie geschorst en op laatstgenoemden datum daaruit ontslagen, welke vordering o. m. hierop was gegrond, dat de Burgemeester onbevoegd was hem als

dienaar van politie te schorsen, daar de bevoegdheid hiertoe berust bij B. en W.;

O., dat de Kantonrechter te 's Gravenhage deze vordering heeft ontzegd bij vonnis van 20 Maart 1899, hetwelk bij het thans bestreden vonnis is bevestigd;

dat 's rechters uitspraak is gegrond op de in het middel bestreden beslissing, dat de Burgemeester, en niet het college van B. en W., de bevoegdheid heeft, dienaren van politie te schorsen;

dat door deze beslissing art. 179 letter q der Gemeentewet niet geschonden of verkeerd toegepast is;

dat dit art. — letter q — bepaalt, dat het schorsen van alle uit de Gemeentekas bezoldigde ambtenaren, welker schorsing niet aan anderen is opgedragen, behoort tot het Dagelijksch Bestuur der Gemeente, aan B. en W. opgedragen;

dat, uit de omstandigheden, dat een dienaar van politie een uit de Gemeentekas bezoldigd ambtenaar is, en dat in de Gemeentewet niet uitdrukkelijk gezegd is aan wien de bevoegheid tot schorsing van een dienaar van politie toekomt, terwijl daarin wel bepaald wordt bij welk gezag die bevoegdheid ten opzichte van andere ambtenaren berust, (artt. 60, 95, 106, 191 der Gemeentewet) *niet* kan worden afgeleid, dat de bevoegdheid tot schorsing van een dienaar van politie aan het College van B. en W. toekomt;

dat toch art. 191 der Gemeentewet bepaalt: „de „dienaren van politie worden, op voordracht van den „Commissaris, aangesteld en ontslagen door den Bur„gemeester, die, in overleg met den Commissaris, hun „de noodige ambtsinstructie geeft";

dat door deze bepaling, in verband met de artt. 184 tot en met 190, uitdrukking gegeven is aan het bij tot stand komen van de Gemeentewet aangenomen

beginsel, om de handhaving van de openbare orde te onttrekken aan collegiale samenwerking, doch aan den Burgemeester alleen op te dragen;

dat hieruit reeds moet worden afgeleid, dat de Burgemeester, die de dienaren van politie aanstelt, de voorschriften vaststelt volgens welke zij behooren te werken, en hen ontslaat, ook volgens de bedoeling der wet de bevoegdheid heeft om hen te schorsen;

dat toch bij schorsing, die een tijdelijk ontslag daarstelt, de Burgemeester eene daad van uitvoering pleegt van zijn gezag met veel minder ver reikende gevolgen dan wanneer definitief ontslag door hem verleend wordt;

dat de noodzakelijkheid tot schorsing van een dienaar van politie zich geheel onverwacht kan en in den regel zal voordoen, en schorsing tot handhaving van het gezag veelal onmiddellijk op de aanleiding zal moeten volgen, zoodat niet kan worden verondersteld, dat de wetgever bedoeld zou kunnen hebben, haar te maken tot een onderwerp van collegiale overweging;

dat het trouwens onaannemelijk is, dat, waar de wet het ontslag, het definitief buiten dienst stellen, heeft opgedragen aan één persoon alleen, n. l. aan den Burgemeester, zij de schorsing, het tijdelijk buiten dienst stellen, tot een onderwerp van overleg van het College van B. en W., waar de Burgemeester met de Wethouders beslist, zou hebben gemaakt;

dat van zoodanig overleg te minder sprake kan zijn, nu, zooals boven gezegd werd, de gemeentelijke politie een onderwerp betreft, dat in het algemeen vreemd is aan den werkkring van het College van B. en W.;

O., dat derhalve het middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep in cassatie;

Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.

§ 54.

OVERTUIGING ('S HOFS) IN STRIJD MET HET GEVOELEN VAN DESKUNDIGEN. — DESKUNDIGEN (GEVOELEN VAN). — CASSATIE. — ART. 20 R. O. — MOTIEVEN.

Waar 's Hofs overtuiging met het gevoelen der deskundigen streed, paste het de bij het eerste middel aangehaalde artikelen met juistheid toe, doordat gevoelen niet te volgen.

Om cassatie te verkrijgen wegens het niet motiveeren van vonnissen moet als geschonden worden aangevoerd art. 20 R. O., dat aan dit verzuim de straf van nietigheid verbindt.

Art. 59., 3e B. Rv. bevat omtrent de hoeveelheid en uitgebreidheid van 's rechters motieven geen voorschrift.

Conclusie van den Proc.-Gen. Polis:

Al steunt dit beroep op vier middelen, het komt mij niet waarschijnlijk voor dat het door u gegrond zal worden bevonden.

Het 1e dier middelen stelt: schending of verkeerde toepassing van art. 236 jo. 353 Rv., omdat het Hof het door deskundigen geuite gevoelen niet volgend, immers in lijnrechten strijd daarmede beslissend, die beslissing doet steunen daarop, dat die overtuiging door het Hof niet wordt overgenomen, in stede van gelijk art. 236 voormeld vereischt en zeker te recht in casu geeischt mocht worden, waar in strijd met het gevoelen van deskundigen en van de Rechtbank beslist werd te overwegen en te motiveeren, dat 's Hofs overtuiging tegen dat geuit gevoelen der deskundigen strijdt.

Het Hof overweegt, dat, waar de deskundigen hunne overtuiging uitspreken, dat de aangewezen boeken tot den nieuwen handel gerekend moeten worden, deze overtuiging, in verband met al het voorafgaande, door het Hof niet kan worden overgenomen ; dat hieruit volgt, dat des appellants grief tegen het eindvonnis, gegrond is, en des geintimeerde vordering in reconventie als onbewezen had moeten zijn ontzegd". En dat kan niet zijn in strijd met art. 236 Rv. Want met de motiveering van het eindvonnis in zaken waarin deskundigen zijn geraadpleegd, bemoeit dat artikel zich niet, en de rechter moge, volgens dat artikel, in geen geval verplicht zijn het gevoelen van deskundigen te volgen *indien zijne overtuiging daartegen strijdt*, dat hij zou moeten volgen een gevoel van deskundigen, dat hem niet heeft overtuigd, of een nieuwe expertise in dat geval zou moeten bevelen, bepaalt het artikel zeer stellig niet.

Het 2e middel is: Sch. of verk. toep. van art. 59 3o Rv., daar het Hof bij het opnemen van de daadzaken in het arrest slechts van de deskundigen - rapporten heeft overgenomen die uitspraken, die door de deskundigen zonder pertinentie zijn gedaan, en niet heeft opgenomen, veel min daaromtrent heeft overwogen, de met beslistheid door die deskundigen gedane uitspraken, die het middel aanwijst.

Waar vernietiging van een vonnis of arrest wordt gevraagd op grond van niet motiveering, dient schending van art. 20 R. O. te worden gesteld ; en cassatie wegens schending der artt. 20 R. O., 161 Grondwet en 59 Rv. kan alleen worden uitgesproken wegens het geheel ontbreken van gronden voor de bestreden uitspraak, niet wegens het min of meer onvoldoende van die gronden. Reeds om die beide redenen kan het

middel niet opgaan, daargelaten dat het ook zijn feitelijken grondslag mist, vermits *uit het arrest* niet blijkt, dat de deskundigen de uitspraken hebben gedaan die in het middel zijn vermeld.

Schending of verkeerde toepassing van art. 59, 3e Rv. is ook de stelling van het 3e middel, maar hier op grond, dat het Hof op den voorgrond stellende, dat het zich met de uitspraak van deskundigen niet, kan vereenigen zonder eene enkele rechtsoverweging daarop heeft beslist tot ontzegging van eischers vordering als onbewezen. Hier dus ook wéér eene klachte niet over niet motiveering, want 's Hofs uitspraak is gemotiveerd, maar over *onvoldoende motiveering*, terwijl ook hier geene schending van art. 20 R. O. is beweerd, zoodat ook dit middel niet tot cassatie kan leiden.

Eindelijk is het 4e middel: Schending of verkeerde toepassing van art. 199 jo 353 Rv., in verband met als boven, daar het Hof niet heeft overwogen omtrent het door den eischer bij repliek *in prima* gedaan zelfstandig bewijsaanbod van de door hem gestelde feiten, welk bewijsaanbod door het Hof zonder eenige overweging met stilzwijgen is voorbij gegaan.

Ook dit middel kan niet opgaan; want *uit het arrest* blijkt niet dat *in prima* een zelfstandig bewijsaanbod door den eischer is gedaan, en, al ware dat wel het geval, toch zou het Hof de wet niet hebben geschonden door dat bewijsaanbod met stilzwijgen voorbij te gaan, vermits het in appel niet is herhaald.

Conclusie tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 8 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord,

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het arrest, den 28 Juni 1900 door het Gerechtshof te Amsterdam tusschen partijen gewezen, zijn aangevoerd vier middelen van cassatie, luidende:

I. Schending of verkeerde toepassing van artikel 236 in verband met artikel 353 van het W. v. B. Rv., daar het Hof het door deskundigen geuit gevoelen niet volgend, immers in lijnrechten strijd daarmede beslissend, die beslissing doet steunen daarop, dat „die „overtuiging door het Hof niet kan worden overge„nomen" in stede van (gelijk artikel 236 voormeld vereischt en zeker te recht in casu geeischt mocht worden, waar in strijd met het gevoelen der deskundigen en van de Rechtbank beslist werd) te overwegen en te motiveeren „dat 's Hofs overtuiging tegen „het geuit gevoelen der deskundigen strijdt";

II. Schending of verkeerde toepassing van art. 59, 3_o van het W. v. B. Rv., daar het Hof, bij het opnemen van de daadzaken in het arrest, slechts van de deskundigen rapporten heeft overgenomen die uitspraken, die door de deskundigen zonder pertinentie zijn gedaan, en niet heeft opgenomen, veelmin daaromtrent heeft overwogen de met beslistheid door die deskundigen gedane uitspraken, te weten:

a. dat de prijs van een boek als kenmerk kan gelden, waar het de vraag betreft, of een boek tot den ouden of nieuwen boekhandel behoort;

b. dat een boek, dat voor den nieuwen of nagenoeg nieuwen prijs wordt aangeboden, moet worden beschouwd tot den nieuwen boekhandel te behooren;

c. dat de nieuwe prijs van de romans van van Lennep als „de Pleegzoon" enz. dezelfde is, als in „het Boek" voorkomt;

d. dat ook de nieuwe prijs van diverse deeltjes van Justus van Maurik volksuitgave is vijf en zeventig cents, dezelfde die in „het boek" gevraagd wordt;

e. dat onder nagenoeg den nieuwen prijs moet worden verstaan een prijs, die den verkooper nog winst geeft, als het boek tegen de gewone aanbiedingsvoorwaarden van den uitgever is betrokken:

f. dat, onder dat licht beschouwd, offerten als van de Veers Trouringh en Sijthoff Woordenboek voor kennis en kunst in „het Boek" voorkomend, mede beslist moeten worden gerekend te behooren tot den nieuwen boekhandel;

III. Schending of verkeerde toepassing van als boven, daar het Hof, op den voorgrond stellende, dat het zich met de uitspraak van deskundigen niet kan vereenigen, zonder een enkele rechtsoverweging daarop heeft beslist tot ontzegging van eischers vordering, als onbewezen;

IV. Schending of verkeerde toepassing van artikel 199 in verband met artikel 353 van het W. v. B. Rv., mede in verband met als boven, daar het Hof niet heeft overwogen omtrent het door eischer bij repliek in prima gedaan zelfstandig bewijsaanbod van de door hem gestelde feiten, welk bewijsaanbod door het Hof, zonder eenige overweging, met stilzwijgen is voorbijgegaan;

Overwegende, dat de bij vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Utrecht van den 31 Mei 1899 aan G. H. toegewezen, maar hem bij het bestreden arrest, met vernietiging van dat vonnis, ontzegde vordering hiervan, blijkens het bestreden arrest, afhankelijk is

geoordeeld, of zekere boeken behoorden tot den nieuwen boekhandel, en of dus de auteur van den verweerder in cassatie, door die boekwerken deels te koop aan te bieden, deels te verkoopen, eene winkelzaak, den nieuwen boekhandel betreffende, heeft voortgezet, hetwelk hem bij zekere overeenkomst was verboden op eene boete, die door H. voornoemd werd gevorderd;

O., dat de voorziening in cassatie tegen voormeld arrest door H. voornoemd ingesteld, voortgezet is door Mr. B. G., als curator in H. inmiddels uitgesproken faillissement;

Ten aanzien van het eerste middel:

O, dat bij het bestreden arrest, na vermelding van het door deskundigen omtrent voormelde vraag geuit gevoelen, is overwogen: „dat, waar de herkomst der „boeken, door alle deskundigen beslissend geacht, „onbekend is, minstens het subsidiair aangewezen ken„merk, de prijs behoort vast te staan; dat dit in deze niet het geval is, daar de deskundigen verklaren, „dat de prijs niet altijd tot een afdoend resultaat leidt, „en dat omtrent sommige der boeken in geschil niet „zeker blijkt, welke de editie en welke de uitgevers„prijs daarvan is; dat daarom, waar zij hunne over„tuiging uitspreken, dat de aangewezen boeken tot „den nieuwen handel gerekend moeten worden, deze „overtuiging, in verband met al het voorafgegane, „door het Hof niet kan worden overgenomen; dat „hieruit volgt, dat des appellants grief tegen het eind„vonnis gegrond is en des geïntimeerden vordering „in reconventie als onbewezen had moeten zijn ont„zegd";

O., dat hieruit blijkt, dat 's Hofs overtuiging met het gevoelen der deskundigen streed, en dat het Hof dus, door dat gevoelen niet te volgen, de bij het

middel aangehaalde wetsbepalingen met juistheid heeft toegepast;

Ten aanzien van het tweede middel:

O., dat dit reeds daarom niet tot cassatie zou kunnen leiden, omdat daarbij van art. 20 der Wet op de R. O., hetwelk aan het niet motiveeren van vonnissen de straf van nietigheid verbindt, geene schending word beweerd, maar dat daarenboven, gelijk ook uit het hiervoren aangehaalde deel van 's Hofs arrest blijkt, des eischers klacht omtrent gemis van motiveering feitelijk is ongegrond, terwijl het aangehaalde artikel omtrent de hoeveelheid en uitgebreidheid van 's rechters motieven geen voorschrift bevat;

Ten aanzien van het derde middel:

O., dat, wegens hetgeen tegen het tweede middel is aangevoerd, ook het derde middel is onaannemelijk, terwijl de bij dit middel aangehaalde wetsbepaling het Hof zeker niet verplichtte om, nu de ter toewijzing eeniglijk voorhanden gronden der deskundigen wegvielen, nader te motiveeren, dat de vordering als onbewezen moest worden ontzegd;

Ten aanzien van het vierde middel:

O., dat uit het bestreden arrest niet blijkt van eenig door den geïntimeerde in eersten aanleg gedaan bewijsaanbod, veelmin, dat dit in hooger beroep is gedaan, zoodat het Hof wel niet anders kon doen, dan dit met stilzwijgen voorbijgaan;

O., dat dus al de aangevoerde middelen van cassatie zijn ongegrond;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt den eischer in cassatie in de kosten van cassatie.

§ 55.

SMAADSCHRIFT (DADER VAN). — BELEEDIGING. — GETUIGENVERKLARINGEN.

Art. 54 W. v. Strafr. betreft alleen den drukker, die „als zoodanig", dat is als drukker heeft gehandeld, niet den redacteur.

Voor de toepasselijkheid van het derde lid van art. 261 W. v. Strafr. staat het steeds ter beoordeeling van den rechter,, of voldoende gebleken is, dat de beklaagde uit aandrang om het algemeen belang te dienen gehandeld heeft.

De rechter in deze zaak heeft niet, gelijk bij het tweede middel wordt beweerd, het niet hebben van den ANIMUS INJURIANDI *vereenzelvigd met het handelen in het algemeen belang, maar geoordeeld, waartoe hij bevoegd was, dat door de wijze waarop de requirant aan zijn opzet om te beleedigen uitvoering heeft gegeven, alleen reeds alle gedachte aan eene bedoeling om te handelen in het algemeen belang uitsloot.*

Het bestaan eener klacht kan nooit ten gevolge hebben de niet-ontvankelijkheid van het O. M. in eene vervolging, tot welker ontvankelijkheid geen klacht noodig is.

De drukker en uitgever van een blad kan uit eigen waarneming verklaren, dat dit blad op verschillende door hem genoemde plaatsen is verspreid, gelijk de colporteur van een blad mede uit eigen waarneming kan weten, dat het blad ter verspreiding verzonden wordt ook naar elders.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Deze requirant is veroordeeld wegens smaadschrift,

omdat hij in een stuk waarvan de inhoud in de dagvaarding is weergegeven en dat hij heeft geplaatst in een weekblad waarvan hij administrateur, mederedacteur en colporteur is, opzettelijk de eer en den goeden naam heeft aangerand van den heer Z. notaris te IJzendijke, zooals de dagvaarding zegt.

Tegen zijne veroordeeling is als eerste cassatiemiddel aangevoerd:

Schending of verkeerde toepassing van de artt. 261, 54 Strafwetb. jo de artt. 211, 221 W. van Strafv.,

a. doordat de Rechtbank niet heeft overwogen of de beklaagde als dader moet worden aangemerkt,

b. doordat het vonnis geene enkele overweging inhoudt naar aanleiding van de verdediging door den beklaagde gevoerd, als zou hij nl. het bedoelde stuk van een ander hebben ontvangen, en het hebben omgewerkt in een vorm die hem niet beleedigend voorkwam,

c. doordat de beklaagde in zijne hoedanigheid van redacteur niet kan gezegd worden de dader te zijn van het strafbare feit omschreven in art. 261 Strafwb.

Het eerste onderdeel van dit middel werd bij pleidooi op tweeërlei wijze toegelicht. Ten eerste zou de Rechtbank in haar met uitzondering van het quantum der straf bevestigd vonnis wel hebben beslist dat de eer en de goede naam zijn aangerand, dat het weekblad met het geincrimineerde stuk is verspreid, maar alles geheel onpersoonlijk hebben behandeld zonder de schuld van den requirant aan een en ander vast te stellen.

Intusschen is de grondslag der bewijsvoering reqs. in rechten afgelegde bekentenis, waarin uitdrukkelijk voorkomt de vermelding van zijne handelingen, zijn oogmerk tot het geven van ruchtbaarheid in verband

met zijne wetenschap van de algemeene verspreiding van het blad. De verspreiding behoeft nu niet de handeling van den beklaagde te zijn, dat de eer en de goede naam zijn aangerand kan worden afgeleid uit de strekking der telastlegging, alleen het opzet tot de aanranding kan niet onpersoonlijk behandeld worden, maar daaromtrent wordt dan ook gemotiveerd beslist, dat ten duidelijkste blijkt, dat de bedoeling van den schrijver is den notaris Z. van de genoemde feiten te betichten.

Nu spreekt de Rechtbank van den schrijver en zou dezen met den dader van het misdrijf. hem die publiceert, verwarren. Bij de formuleering van deze grief vergeet men, dat de requirant naar eigene bekentenis een door hem ter plaatsing ontvangen stuk heeft omgewerkt, maar daardoor ook zelf de schrijver is geworden, zoodat de schrijver van het stuk en de dader van de publicatie in hem vereenigd zijn. Waar hij nu geschreven heeft met het doel van publicatie, komt het er weinig op aan in welke hoedanigheid over hem in het vonnis wordt gesproken.

Requirant heeft aan de verklaring omtrent zijne bewerking toegevoegd, dat hij het stuk heeft omgewerkt in eenen vorm die hem niet beleedigend voorkwam. Maar dat hij getracht heeft buiten het bereik der strafwet te blijven doet niet af tot het feit, dat hij werkelijk de eer en den goeden naam van de persoon tegen wie het stuk gericht was heeft aangerand op strafbare wijze.

De verdediging, zooals die bijvoeging in het middel genoemd wordt, die in werkelijkheid geene verdediging was, behoefde dus niet in het bijzonder weerlegd te worden. Ook in zijn tweede en zijn derde onderdeel is daarom het middel ongegrond.

Het tweede middel luidt: Schending of verkeerde, toepassing van de artt. 261 lid 3, 266 Strafwb. j° de artt. 211 221. W. v. Strafv.

a omdat de Rechtbank hare weerspreking van de door den beklaagde gevoerde verdediging, als zoude hij hebben gehandeld in het algemeen belang (art. 261 lid 3 Strafwb.) motiveert door een beroep op formeele overwegingen,

b omdat de Rechtbank ten onrechte het niet hebben van den animus injuriandi vereenzelvigt met het handelen in het algemeen belang.

Dit middel komt mij gegrond voor. Requirant heeft blijkens het vonnis gezegd, dat het zijne bedoeling niet was den notaris Z. te beleedigen of zijne eer en zijnen goeden naam aan te randen, maar wel om hem gelegenheid te geven tot tegenspraak waarna bij bewijs of verzekering op eerewoord van onschuld rehabilitatie zou volgen; voorts dat hij gehandeld heeft tot waarschuwing van diegenen welke gelijke behandeling van den genoemden notaris zouden kunnen ondervinden als de in zijn stuk genoemde persoon, en alzoo in het algemeen belang.

Het eerste gedeelte van deze opgave gaat de Rechtbank te recht met stilzwijgen voorbij daar een voornemen tot rehabilitatie de aanranding van den goeden naam eer bewijst dan wegneemt.

Zij overweegt voor het overige, dat zij niet aanneemt de opgave dat er geene bedoeling tot beleedigen zou zijn geweest, omdat de bedoeling tot handelen in het algemeen belang weersproken wordt door de onnoodig beleedigende woorden waarin die beweerde bedoeling is neergeschreven.

Smaad en smaadschrift nu behooren wel tot het genus beleediging, maar beleedigende bedoeling is

geen element er van; zij bestaan uit opzettelijke aanranden van eer en goeden naam door telastlegging van bepaalde feiten onverschillig in welken vorm.

Het komt alzoo alleen aan op den inhoud zonder eenigen invloed van fijnheid of grofheid van den vorm. Kan nu de vorm der telastlegging het misdrijf niet wegnemen, hij kan ook niet opheffen het recht der telastlegging gegrond op het handelen in het algemeen belang. Wel kan de vorm aanleiding geven tot veroordeeling wegens beleediging, wanneer er geen smaad is, maar of er smaad is wordt naar andere gegevens beoordeeld, vgd. H. R. 11 Dec. 1899, W. 7379, R. 183, § 60.

Het beroep op den vorm weerlegt alzoo niet het beroep op het handelen in het algemeen belang, zoodat het vonnis op dit punt niet voldoende met redenen is omkleed.

Met het derde middel — Schending of verkeerde toepassing van de artt. 267, 269 Strafwb. j° art. 13 W. v. Strafv. en art. 1 der wet van 9 Juli 1842, Stbl. n°. 20, omdat in casu ten onrechte de vervolging is ingesteld op klachte van hem tegen wien het misdrijf is gepleegd, is blijkens de toelichting bedoeld, dat nu tegen eenen ambtenaar ter zake van de uitoefening zijner bediening is misdreven, ex officio vervolgd had moeten worden, niet als in casu op klachte. Al was het niet ten eenenmale onjuist, dat eene telastlegging van onzedelijke handelingen met eene dienstbode gepleegd betreft de uitoefening der bediening van den notaris al wordt het bekleeden van dit ambt steeds bij het noemen van den naam vermeld, en evenzoo die van het hebben van lange en kromme vingers die trouwens geen bepaald feit inhoudt, dan nog zou uit de wet niet volgen dat, al is voor de vervolging

geene klacht noodig, het bestaan van eene klacht haar niet-ontvankelijk zou maken.

Het vierde middel — Schending of verkeerde toepassing van de artt. 267, 269 Strafwb. j° art. 13 W. v. Strafv., omdat vervolgd is ter zake van andere (meerdere) feiten dan in de ingediende klacht zijn vermeld — mist zijnen feitelijken grondslag. Er is van den aanvang of klachte gedaan over het geheele stuk zooals het in het overgelegde exemplaar van het weekblad de „Toekomst" voorkomt. Tot de onbeperktheid der klacht kan niet afdoen dat de klager later bij den Rechter-commissaris in instructie opgeeft dat hij niet geklaagd zou hebben indien niet meer gezegd was dan dat hij evenals andere notarissen kromme en lange vingers heeft. Dit laatste is trouwens noch door den steller der dagvaarding noch door de Rechtbank opgevat als behoorende tot de telastlegging waarin de smaad opgesloten ligt.

Het vijfde en laatste middel heet: Schending of verkeerdetoepassing van de artt. 211, 221, 391, 392, 398 W. v. Strafv., omdat het door de Rechtbank gebezigde bewijsmateriaal niet tot het wettig bewijs kan leiden, en berust blijkens de toelichting op vijf beweringen.

De eerste is dat de klager en getuige, waar hij zegt zijne eer en zijnen goeden naam aangetast te achten, eene zienswijze ten beste geeft. Volgens het vonnis doet hij echter deze mededeeling enkel om reden te geven van het indienen van zijne klacht wat nergens verboden is.

Voorts zou een getuige niet kunnen verklaren, zooals de tweede volgens het vonnis doet, dat een blad elders verspreid wordt, dan bij wijze van meening of ten gevolge van inlichting van anderen ontvangen.

Waarom een getuige het feit niet zou kunnen waarnemen, is echter niet duidelijk gemaakt.

Hetzelfde is het geval met de derde grief: de derde getuige heeft verklaard dat het blad ter verspreiding verzonden wordt.

Dit kan toch zeer goed uit eigene ervaring worden medegedeeld door iemand die in meer dan eene betrekking aan het blad werkzaam is. Een beroep op het arrest van 5 Nov. 1900, Wbl. 7512 kan dan ook niet baten. Daarbij werd beslist dat de bedoeling die iemand had met een gepleegd verzet niet door eenen vreemde met de zinnen kon zijn waargenomen.

Ten vierde zou in strijd met de wet eene gedeeltelijke bekentenis als bewijsmiddel zijn aangenomen. Het spreekt van zelf dat eene bekentenis er is of er niet is, en niet ten halve kan worden afgelegd; maar de beteekenis van de woorden „gedeeltelijke bekentenis" in het vonnis is blijkbaar: bekentenis van een gedeelte van het telastgelegde.

En eindelijk zou van de getuigenverklaringen een dubbel gebruik gemaakt zijn, daar zij zoowel als rechtstreeksche bewijsmiddelen, als ten bewijze van aanwijzingen gebezigd zouden zijn. Het telastgelegde wordt bewezen verklaard door de bekentenis en de daarmede overeenstemmende getuigenverklaringen en de daarin gelegene aanwijzingen.

Ook hier wordt de bedoeling eener wellicht niet volkomen onberispelijke uitdrukking miskend. De afzonderlijke getuigenverklaringen zooals zij in het vonnis voorkomen kunnen toch slechts aanwijzingen opleveren; het zijn dus alleen de in die verklaringen gelegene en door haar bewezene aanwijzingen welke tot bevestiging van de bekentenis gestrekt hebben.

Dit middel is alzoo eveneens ongegrond.

In verband met het tweede middel concludeer ik tot vernietiging van het arrest waarvan beroep en verwijzing van de zaak naar een aangrenzend Gerechtshof ter afdoening op het bestaande hooger beroep.

Arrest H. R. van 11 Maart 1901:

De H. R. der Nederlanden,

Op het beroep van J. L. A. d. L., oud 31 jaren, broodbakkersknecht, geboren te Oostburg, wonende te Middelburg, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage van den 29en Nov. 1900, waarbij in hooger beroep, voor wat de opgelegde straf betreft is vernietigd met verandering van deze in eene gevangenisstraf van drie maanden, doch voor het overige is bevestigd het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Middelburg van 21 Sept. 1900, bij hetwelk de requirant is schuldig verklaard aan smaadschrift en, met toepassing der artt. 10, 261, 269 van het W. v. Strafr., 214 van dat van Strafv., is veroordeeld tot eene gevangenisstraf van ééne maand;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Hanlo;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi, luidende:

1° Schending of verkeerde toepassing van de artt. 261 en 54 van het Strafwetb., in verband met de artt. 211 en 221 van het Wetboek van Strafv.;

2° Schending of verkeerde toepassing van de artt. 261, lid 3, en 266 van het Strafwetboek, in verband met de artt. 211 en 221 van het Wetboek van Strafvordering;

3° Schending of verkeerde toepassing van de artt. 267 en 269 van het Strafwetboek, in verband met art. 13 van het Wetboek van Strafvordering en art. 1 der wet van 9 Juli 1842 (Stbl. n°. 20);

4o Schending of verkeerde toepassing van de artt. 267 en 269 van het Strafwetboek, in verband met art. 13 van het Wetboek van Strafvordering;

5o Schending of verkeerde toepassing van de artt. 211, 221, 391, 392 en 398 van het Wetboek van Strafvordering;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat de requirant is terechtgesteld ter zake: dat hij te Middelburg, in het te Middelburg verschijnende weekblad „de Toekomst", socialistisch weekblad voor het zuiden, van welk blad hij administrateur, mederedacteur en colporteur is en welk blad iederen Zaterdag verschijnt en onder het publiek, zoo te Middelburg als buiten deze gemeente, wordt verspreid en verkocht, in het op Zaterdag 2 Juni 1900 verschenen no. 10 van den achtsten jaargang, op de derde pagina tweede kolom van dat blad, welk nummer op verschillende plaatsen en onder andere te Middelburg en te IJzendijke verspreid en verkocht is en alzoo met het kennelijk doel om aan den inhoud daarvan ruchtbaarheid te geven, heeft geplaatst een stuk, waarvan de inhoud in de dagvaarding woordelijk is opgenomen, waarin, volgens het vonnis der Rechtbank, „aan notaris Z. te IJzendijke wordt ten laste „gelegd, dat hij is zeer onzedelijk, dat hij zulks „heeft getoond door eene dienstbode zwanger te „maken; dat hij ook is zeer onmenschelijk, om dat „meisje zonder een cent weg te laten gaan, ja door „zijne echtgenoote weg te laten jagen";

O., dat de bij de dagvaarding ten laste gelegde feiten bij het boven vermelde vonnis der Rechtbank te Middelburg wettig en overtuigend bewezen zijn verklaard, met schuldigverklaring van den requirant daaraan, en

gequalificeerd, zooals boven is gezegd, welk vonnis, voor wat betreft onder andere deze punten, bij het bestreden arrest is bevestigd;

O., dat tot ondersteuning van het eerste middel is aangevoerd:

a. dat de Rechtbank niet heeft overwogen of de beklaagde als dader moest worden aangemerkt;

b. dat het vonnis geen enkele overweging inhoudt naar aanleiding van de verdediging door den beklaagde gevoerd, als zou hij namelijk het bedoelde stuk van een ander hebben ontvangen en hebben omgewerkt in een vorm, die hem niet beleedigend voorkwam;

c. dat de beklaagde in zijne hoedanigheid van redacteur niet kan gezegd worden de dader te zijn van het strafbaar feit van art. 261 van het Strafwetboek;

O. ad *a*: dat de Rechtbank in de overwegingen van haar vonnis opgenomen heeft de erkentenis van den requirant, dat hij het stuk, hetwelk, naar het oordeel der Rechtbank, eene telastlegging van feiten inhoudt, door welke de eer en goede naam van den daarin genoemden notaris zijn aangerand, heeft geschreven, doen verspreiden en er ruchtbaarheid aan heeft gegeven; dat zij uitdrukkelijk motiveert hare beslissing, dat de requirant bij dit alles had de bedoeling om te beleedigen en niet om te handelen in het algemeen belang;

dat zij wettig en overtuigend bewezen verklaart wat den beklaagde bij de dagvaarding is ten laste gelegd en dat zij hem schuldig verklaart aan het als wettig en overtuigend bewezen aangenomen feit; dat door dat alles genoegzaam met redenen is omkleed dat en waarom de Rechtbank den requirant als dader beschouwt;

O. ad *b*: dat de Rechtbank op dit punt geene

verdediging van den beklaagde had te wederleggen, omdat hij, die een smaadschrift door een ander gesteld omwerkt in een anderen vorm, die beleedigend is, al houdt hij dien zelf niet daarvoor, en het dan verspreidt, zelf dader van smaadschrift wordt en hierin geen verandering wordt teweeggebracht, zooals ten onrechte sub *c* beweerd wordt, doordat het omwerken en verspreiden door hem die het deed in hoedanigheid van redacteur zou zijn geschied; terwijl het als geschonden of verkeerd toegepast aangevoerde art. 34 alleen betreft den drukker, die „als zoodanig", dat is uitsluitend als drukker, gehandeld heeft;

dat mitsdien het eerste middel is ongegrond;

O., dat tot staving van het tweede middel is aangevoerd:

a. dat de Rechtbank hare wederspreking van de door den beklaagde gevoerde verdediging als zoude hij hebben gehandeld in het algemeen belang (art. 261, lid 3, Strafwetb.), motiveert door een beroep op formeele overwegingen;

b. dat de Rechtbank ten onrechte het niet hebben van den animus injuriandi vereenzelvigt met het handelen in het algemeen belang;

O., dat dit middel betreft de zesde overweging van het vonnis, luidende:

„Overwegende ten opzichte van de opgaven van „den beklaagde aangaande het doel, waarmede hij „het genoemde stuk heeft geschreven en algemeen „bekend doen worden; dat de Rechtbank niet aan„neemt zijne opgaaf, dat hij niet de bedoeling heeft „gehad notaris Z. te beleedigen; dat toch zijne opge„geven bedoeling, dat hij handelde in het algemeen „belang, weersproken wordt door de wijze, waarop hij „zulks gedaan heeft, nl. door de onnoodige beleedigende

„woorden, waarin die beweerde bedoeling is terneer „geschreven";

O., dat bij smaadschrift voor de toepasselijkheid van art. 261, derde lid, van het Wetb. van Strafrecht vóór alles noodig is, dat door hem, die schreef, het algemeen belang of noodzakelijke verdediging beoogd worde; — dat van deze laatste hier geen spraak is; dat dat beoogd zijn van het algemeen belang moet zijn klaarblijkelijk; dat het steeds staat ter beoordeeling van den rechter of voldoende gebleken is, dat de beklaagde uit aandrang om het algemeen belang te dienen gehandeld heeft; dat den rechter door de wet geene beperking is gesteld voor de gronden, op welke hij zal hebben te beslissen, dat de bedoeling om in het algemeen belang te handelen al of niet bestaat, eene beslissing die van feitelijken aard is, dat dus hier zonder eenige wetsbepaling te schenden de rechter uit de onnoodig beleedigende woorden kon afleiden het ontbreken der bedoeling om te handelen in het algemeen belang; dat hij niet heeft vereenzelvigd het niet hebben van den animus injuriandi met het handelen in het algemeen belang, maar dat hij geoordeeld heeft, dat door de wijze, waarop de requirant aan zijn opzet om te beleedigen uitvoering heeft gegeven, alleen reeds alle gedachte aan eene bedoeling om te handelen in het algemeen belang was uitgesloten;

dat mitsdien het tweede middel is ongegrond;

O., dat het derde middel is aangedrongen met de bewering: dat in casu ten onrechte de vervolging is ingesteld op klacht van hem tegen wien het misdrijf is gepleegd, zijnde een notaris en dus, volgens den requirant in of ter zake van de uitoefening zijner bediening, zoodat de vervolging niet op klacht van

den beleedigden persoon, maar alleen ambtshalve door het O. M. had mogen ingesteld worden;

O. dienaangaande, dat feitelijk wel vaststaat, dat de beleediging is aangedaan aan een notaris, maar niet dat ze hem is aangedaan in of ter zake van de rechtmatige uitoefening zijner bediening; dat zelfs, al ware dit het geval, het bestaan eener klacht nooit ten gevolge zou kunnen hebben de niet-ontvankelijkheid van het O. M. in eene vervolging, tot welker ontvankelijkheid geen klacht noodig is;

dat mitsdien het derde middel is ongegrond;

O., dat tot ondersteuning van het vierde middel is aangevoerd, dat vervolgd is ter zake van andere (meerdere) feiten, dan in de ingediende klacht zijn vermeld;

O., dat blijkens de ingediende klacht zelve en de in het vonnis opgenomene getuigenverklaring van den klager Z. de klacht betreft het geheele stuk zooals het in het weekblad „de Toekomst" van 2 Juni 1900 voorkomt en daaruit in de dagvaarding en het vonnis is overgenomen; dat niet blijkt van de geheele of gedeeltelijke intrekking dier klacht; dat in het vonnis der Rechtbank ten aanzien van den inhoud van het bedoelde stuk niets anders of meer is bewezen verklaard, dan in de dagvaarding is aangegeven en in de klacht vermeld;

dat dus ook het vierde middel is ongegrond;

O., dat tot staving van het vijfde middel is aangevoerd: dat het door de Rechtbank gebezigde bewijsmateriaal niet tot het wettig bewijs kan leiden;

dat ten betooge daarvan in de eerste plaats wordt beweerd, dat de verklaring van den getuige Z., dat hij „door den inhoud van het stuk zijn eer en goeden „naam aangetast acht", een onwettig bewijsmiddel is;

O., dat, indien deze bewering juist ware ze niet tot cas-

satie zou kunnen leiden, daar in het vonnis, hetwelk bij het bestreden arrest is bevestigd, van die verklaring geen gebruik is gemaakt als bewijsmiddel van het misdrijf, noch van de schuld des beklaagden daaraan;

O., dat in de tweede plaats is beweerd, dat gebruik gemaakt is van de verklaring van den tweeden getuige, dat „het blad te Middelburg en op verschillende „andere plaatsen, als Vlissingen, Dordrecht enz. wordt verspreidt", iets wat een getuige alleen bij wijze van meening of door het van anderen vernomen te hebben zou kunnen verklaren;

O., dat deze verklaring is afgelegd door den getuige de V., drukker en uitgever van het blad, die dus alleszins op grond van eigen waarneming daartoe in staat was;

O., dat in de derde plaats wordt beweerd, dat als onwettig bewijsmiddel gediend heeft, de verklaring van den derden getuige: „dat van dit blad ook exemplaren ter verspreiding worden verzonden naar andere plaatsen als" enz.

O., dat deze verklaring is afgelegd door den getuige P. v. S„ die colporteur is van het blad en als zoodanig door eigen waarneming kan weten, dat het blad ter verspreiding verzonden wordt ook naar elders;

O., dat in de vierde plaats is beweerd, dat tot bewijsmiddel gestrekt heeft eene gedeeltelijke bekentenis, een bewijsmiddel onbekend bij de wet;

O., dat blijkens den geheelen gedachtengang van het vonnis, de Rechtbank met de uitdrukking „gedeeltelijke bekentenis", welke in de zevende overweging voorkomt, heeft bedoeld: erkentenis van een gedeelte van het ten laste gelegde;

O., dat in de vijfde plaats is beweerd: dat van de getuigenverklaringen een dubbel gebruik zou zijn ge-

maakt, eens als rechtstreeksche bewijsmiddelen en nog eens als bewijs van aanwijzingen;

O., dat hiermede gedoeld wordt op de zevende overweging van het vonnis, luidende: „dat alzoo door „de gedeeltelijke bekentenis van den beklaagde ter „terechtzitting en de daarmede overeenstemmende ge- „tuigenverklaringen en de daarin gelegen aanwijzingen, „wettig en overtuigend is bewezen, wat den beklaagde „bij dagvaarding is telast gelegd";

O., dat deze overweging niet anders is dan eene resumtie van hetgeen in het geheele vonnis en met name in de vijfde overweging ten bewijze van de schuld des beklaagden is aangevoerd, in welke vijfde overweging verwezen wordt naar getuigenverklaringen vroeger in het vonnis opgenomen, die deels rechtstreeksch bewijs, deels bewijs door aanwijzingen inhouden;

dat derhalve niet hetzelfde gedeelte eener getuigenverklaring eens als rechtstreeksch bewijs en nog eens als aanwijzing van hetzelfde feit of dezelfde omstandigheid is gebezigd; dat alzoo de bewering haar feitelijken grondslag mist;

O., dat mitsdien al wat tot staving van het vijfde middel is aangevoerd is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 56.

DIEFSTAL. — WEDERRECHTELIJKE TOEËIGENING (OOGMERK TOT.)

Bij de aan het middel van cassatie ten grondslag liggende stelling wordt niet onderscheiden tusschen het oogmerk des requirants om het door hem weggenomen aan een ander toebehoorend spaarbankboekje zich toe te eigenen en de meer verwijderde bedoeling, het motief, namelijk om het te goed op het

boekje bedriegelijk op naam van den waren eigenaar in te vorderen, waarin dit oogmerk op het oogenblik der wegneming zijn oorsprong had.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Deze requirant is veroordeeld ter zake van diefstal van een spaarbankboekje, dat hij gebezigd heeft om van het daarin vermelde geld een gedeelte uitbetaald te krijgen.

Als eenig middel van cassatie is bij pleidooi voorgesteld: Schending van de artt. 310 Strafr., 391, 392 403, 406, 407 Strafvord., doordien het Hof als bewijsmiddel van het ten laste gelegde heeft gebezigd de erkentenis van den req., ofschoon die erkentenis ten aanzien van req's oogmerk bevat zijn opgave dat hij met het wegnemen van het spaarbankboekje de bedoeling had om de in dat boekje ingeschreven inlage in ontvangst te nemen, welk oogmerk niet gelijk staat met dat van wederrechtelijke toeëigening van het boekje, welk laatste wordt vereischt door het in deze door het Hof toegepast art. 310 Strafr.

Inderdaad wordt bij het in appel bevestigde vonnis het telast gelegde feit, waaruit naar het oordeel der Rechtbank tevens volgt dat de beklaagde bij de wegneming het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening had, bewezen verklaard door de bekentenis van den beklaagde, zooals die door de ten processe gebleken omstandigheden is bevestigd; en die bekentenis houdt in dat de req. het spaarbankboekje heeft weggenomen en bij zich gestoken met de bedoeling de in dat boekje ingeschreven inlagen in ontvangst te nemen.

Bij pleidooi werd nu betoogd, dat deze bedoeling niet anders is dan het oogmerk tot wederrechtelijke bevoordeeling, element van het misdrijf van oplichting.

Maar om een spaarbankboekje als middel van oplichting te kunnen gebruiken, moest de req. er als heer en meester over kunnen beschikken en zijne erkende bedoeling sluit dus het oogmerk tot zoodanige beschikking, dat is het oogmerk van, in casu wederrechtelijke, toeëigening in.

Dit oogmerk is dus te recht als aanwezig aangenomen;

Het middel is alzoo ongegrond; ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 11 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van A. K. v. T., volgens zijne opgave oud 25 jaren, los werkman, geboren te Moercapelle, wonende te Rotterdam, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van den 29 Nov. 1900, waarbij is bevestigd een vonnis der Arr.-Rechtbank te 's-Gravenhage van den 1en Oct. 1900, bij welk vonnis de requirant was schuldig verklaard aan diefstal, terwijl nog geen vijf jaren zijn verloopen sedert de schuldige eene wegens diefstal tweemaal gepleegd, tegen hem uitgesproken gevangenisstraf geheel heeft ondergaan, en te dier zake, met toepassing van de artt. 27, 310 en 421 van het W. v. Sr., veroordeeld tot gevangenisstraf van negen maanden, met bepaling, dat de tijd, door den veroordeelde vóór de ten uitvoerlegging dezer uitspraak voorloopig in verzekerde bewaring doorgebracht, bij de uitvoering der hem opgelegde gevangenisstraf voor den tijd van eene maand zal in mindering worden gebracht;

Gehoord het verslag van den Raadsheer DE PINTO;

Gelet op het middel van cassatie, namens den req. voorgesteld bij pleidooi:

Schending van de artt. 310 van het W. v. Sr., 391, 392, 403, 406 en 407 van het W. v. Sv.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

O., dat bij het door het bestreden arrest bevestigde vonnis ten laste van den requirant als bewezen is aangenomen en als diefstal gequalificeerd het feit, waarvan hij was aangeklaagd, nl., dat hij op of omstreeks 24 Aug. 1900 te Leiden een spaarbankboekje, toebehoorende aan A. v. d. H, althans aan een ander dan hem, beklaagde, heeft weggenomen met het oogmerk zich dat spaarbankboekje wederrechtelijk toe te eigenen;

O., dat het bewijs van dit feit volgens het vonnis is geleverd door beklaagde's bekentenis, bevestigd door de in onderling verband en samenhang genomen aanwijzingen, voortvloeiende uit en overeenstemmende met de ter terechtzitting afgelegde getuigenverklaringen, welker inhoudt in het vonnis wordt vermeld;

dat des requirants bekentenis blijkens het vonnis onder meer inhield, dat hij op 24 Aug. 1900 van een plank in de keuken der woning van de echtelieden v. d. H. in de Zonneveldsteeg te Leiden heeft weggenomen en bij zich gestoken een hem niet toebehoorend spaarbankboekje „met de bedoeling om de „in dat boekje ingeschreven inlagen in ontvangst te „nemen", aan welk voornemen hij reeds op den volgenden dag (25 Aug.) bij de Leidsche spaarbank gevolg heeft gegeven;

dat nu het middel berust op de stelling, dat blijkens deze bekentenis de beklaagde „met het wegnemen van het spaarbankboekje de bedoeling had om „de in dat boekje ingeschreven inlage in ontvangst te „nemen, welk oogmerk niet gelijk staat met dat van „wederrechtelijke toeëigening van het boekje," welk

„laatste wordt vereischt door het in deze door het „Hof toegepaste art. 310 van het W. v. Sr.";

dat deze stelling, in haar geheel genomen, is onjuist, vermits daarbij niet wordt onderscheiden tusschen het oogmerk des daders om zich het weggenomen, aan een ander toebehoorend goed toe te eigenen, en de meer verwijderde bedoeling, het motief, waarin dit oogmerk op het oogenblik der wegneming zijn oorsprong had;

dat toch juist om zijn doel te bereiken, dat was om zich bedriegelijk op naam van den waren eigenaar van het spaarbankboekje in het bezit te doen stellen van het daarop verschuldigde, de req. zich moest meester maken van dit boekje om er zich als eigenaar van te gedragen en alzoo met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen;

O. mitsdien, dat het middel van cassatie is ongegrond

Verwerpt het beroep.

§ 57.

BEWIJSVOERING. — AANWIJZINGEN.

De bewijsvoering in deze zaak was niet in strijd, maar in overeenstemming met de wet, bepaaldelijk ook met de bij het middel alzoo ten onrechte als verkeerd toegepast of geschonden aangehaalde artikelen.

De bewering, dat de aanwijzingen, die mede tot bewijsmiddel hebben gediend van het den requirant ten laste gelegde feit bij het bestreden arrest niet aan dat feit zouden zijn getoetst, mist elken feitelijken grondslag.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Als eenig middel van cassatie is voorgesteld: Ver-

keerde toepassing of schending der wet in de artt. 393, 397, 406 en 407 van het Wetboek van Strafvordering en van art. 242 van het Wetboek van Strafrecht.

De requirant is veroordeeld wegens verkrachting, en meent, blijkens de toelichting van het middel, dat twee der elementen van dat misdrijf, het telast gelegde geweld en de vleeschelijke gemeenschap, niet bewezen zijn als alleen aangenomen op de verklaring van éénen getuige, door niemand en niets bevestigd; wel zijn ook andere aanwijzingen gebezigd, maar er blijkt niet dat die aanwijzingen zijn getoetst -- zooals het in de memorie van cassatie wordt uitgedrukt — aan het telast gelegde feit.

Bij dit betoog wordt voorbijgezien, dat herhaaldelijk door den Hoogen Raad is uitgemaakt dat bij een bewijs door aanwijzingen niet elk onderdeel van het telast gelegde door meer dan een getuige behoeft bewezen te worden; en voor het overige beweegt het zich op het gebied van de kracht der aanwijzingen, dat in cassatie niet bestreden kan worden.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 11 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van A. B., oud 29 jaren, van beroep boerenknecht, geboren te Nijkerk, en wonende aldaar in de buurtschap Holk, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 5 Dec. 1900, waarbij hij, met vernietiging van een ten zijnen laste gewezen vonnis der Arr. Rechtbank te Utrecht van 1 Oct. 1900 wegens gebrek in den vorm, is schuldig verklaard aan „verkrachting", en te dier zake, met toepassing van art. 242 W. v. Strafr. en art. 219 W. v. Strafv., veroordeeld tot ge-

vangenisstraf van één jaar, met bevel tot teruggaaf van een stuk van overtuiging aan de rechthebbende;

Gehoord het verslag van den Raadsheer DE PINTO;

Gelet op het middel van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij memorie:

Verkeerde toepassing of schending der wet in de artt 393, 397, 406 en 407 W. v. Strafv. en 242 W. v. Strafr.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie enz.;

Overwegende, dat bij het bestreden arrest als bewezen is aangenomen het als „verkrachting" gequalificeerde feit, den beklaagde (requirant) bij oorspronkelijke dagvaarding ten laste gelegd, n. l. dat hij in den avond van 22 Juli 1900, in of bij het zoogenaamde Overbosch van Baron v. S. v. d. O., in de gemeente Hoevelaken, T V. door geweld en wel door haar gewelddadig aan te grijpen, neer te trekken of te werpen en neer te houden, niettegenstaande haar verzet gedwongen heeft met hem, buiten echt, vleeschelijke gemeenschap te hebben, immers te dulden, dat hij zijne ontblootte mannelijkheid in onmiddellijke aanraking met haar schaamdeelen en in haar scheede bracht;

O., dat ter ondersteuning van het tegen des requirants veroordeeling te dier zake gerichte middel van cassatie wordt aangevoerd in de memorie, dat het Hof het bewijs van het ten laste gelegde feit heeft geput uit de verklaring van ééne enkele getuige, aangevuld door een aantal aanwijzingen, die zouden voortvloeien uit de verklaringen van andere getuigen; dat echter niet blijkt, dat die aanwijzingen zijn getoetst aan het ten laste gelegde feit; dat voorts die aanwijzingen in geenen deele zijn bewezen, terwijl daaruit daarenboven niet blijkt, of ook maar eenigszins kan worden afgeleid,

dat er geweld of bedreiging met geweld of dat er vleeschelijke gemeenschap heeft plaats gehad;

O. daaromtrent, dat bij dagvaarding is ten laste gelegd en door het Hof in overeenstemming daarmede bewezen verklaard, niet dat gedreigd is met geweld, maar dat werkelijk geweld is aangewend als middel der verkrachting; dat nu dat geweld, zoowel als het onmiddellijk gevolg daarvan, in de dagvaarding omschreven, als bewezen is aangenomen op grond der rechtstreeksche verklaring van de getuige T. V., die een en ander persoonlijk heeft waargenomen en ondervonden, bevestigd door de aanwijzingen, voortgevloeid uit de verklaringen der overige getuigen;

dat deze bewijsvoering niet is in strijd, maar in overeenstemming met de wet, bepaaldelijk ook met de bij het middel alzoo ten onrechte als verkeerd toegepast of geschonden aangehaalde artikelen;

dat verder de aanwijzingen, die tot versterking der rechtstreeksche getuigenverklaring hebben dienst gedaan, door getuigen en dus ingevolge art. 407 aanhef en 1o W. v. Strafv. wettig zijn bewezen, terwijl de beoordeeling van haar bewijskracht, dat is van het door het Hof daaruit afgeleide, namens den requirant betwiste bewijs, volgens art. 408 van hetzelfde Wetboek geheel is onttrokken aan de waardeering van den rechter in cassatie;

dat eindelijk de bewering, dat de aanwijzingen, die mede tot bewijsmiddel hebben gediend van het den requirant ten laste gelegde feit bij het bestreden arrest niet aan dat feit zouden zijn getoetst, elken feitelijken grondslag mist;

O. mitsdien, dat het voorgestelde middel in al zijne onderdeelen is onaannemelijk;

Verwerpt het beroep.

§ 58.

ART. 137 DER PROVINCIALE WET. — TOEZICHT OP DE WEGEN. — PROVINCIAAL REGLEMENT VAN NOORDBRABANT OP DE BEPLANTINGEN VAN OPENBARE WEGEN. — WEGENBEHEER.

Het in art. 137 der provinciale wet bedoelde toezicht sluit in zich de bevoegdheid om door strafbepalingen gesanctioneerde reglementen vast te stellen, indien zulks noodig wordt geacht om de verkeersmiddelen aan hunne bestemming te doen beantwoorden.

Dit geldt ook gemeentewegen.

Waar ingeval het betreft een gemeenteweg, B. en W. als TOEZICHT HEBBEND *bestuur door het Prov.-Regl. op de openbare wegen en voetpaden zijn aangewezen, kunnen zij niet gezegd worden, op te treden in den zin vàn art. 126 der Gemeentewet, n.l. in de plaats van het* GEMEENTEBESTUUR *ter uitvoering van provinciale reglementen en verordeningen, waartoe het* GEMEENTEBESTUUR *moet wedewerken.*

Daaruit volgt, dat ook niet in strijd kan zijn gehandeld met art. 127 der Gemeentewet door te bepalen, dat, bij gebreke van het doen van aanwijzingen als bedoeld in art. 3 van het ten deze toepasselijk Prov.- Regl. in Noordbrabant, deze, op aanvrage van den belanghebbende door Ged. Staten worden gedaan.

Art. 3 van voormeld reglement legt aan IEDER, *die met eene beplanting als dáár bedoeld wil aanvangen, de dáár omschreven verplichting tot kennisgeving aan het toezicht hebbend bestuur op, terwijl bij het doen van aanwijzingen door dat bestuur,*

de gelegenheid openstaat voor den belanghebbende om zich op zijne beweerde rechten tot het verrichten der voorgenomen beplanting te beroepen.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Deze requirant is veroordeeld wegens overtreding van de artt. 1 en 3 van het Reglement op de beplantingen op bermen of kanten van openbare wegen, niet in onderhoud bij het Rijk zijnde, in Noordbrabant, zijnde het aanleggen van eene beplanting op den berm van eenen gemeenteweg zonder voorafgaande kennisgeving aan het toezicht hebbend bestuur en zonder de vereischte aanwijzing, door dat bestuur gedaan.

Als eerste middel van cassatie wordt bij memorie voorgesteld: Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 2, 3 en 9 van gemeld provinciaal reglement, art. 137 der provinciale wet, de artt. 134, 135 en 179h der Gemeentewet en de artt. 144 en 190 der Grondwet, en zulks door toe te passen de voormelde artt. van gemeld provinciaal reglement en te beslissen, dat deze artt. niet zijn in strijd met de wet en dat de Provinciale Staten de bevoegdheid tot het maken van dergelijke bepalingen ontleenen aan art. 137 der Provinciale wet.

De requirant is van oordeel dat aan de Staten der provincie niets anders is opgedragen dan toezicht op de wegen, en dus niet het maken van strafbepalingen op het bestuur der wegen, zeker niet van die waarvan de eigendom, het onderhoud en het beheer toekomen aan eene gemeente.

Ik doe opmerken dat in het middel wel wat veel bepalingen als geschonden of verkeerd toegepast worden opgegeven, de artikelen van het reglement die enkel zijn toegepast op een geval, waarvan niet be-

weerd wordt dat zij er niet op zouden passen, kunnen noch verkeerd toegepast, noch geschonden zijn; de artt. 144 en 190 der Grondwet niet omdat, wat ook hunne beteekenis moge zijn, art. 137 der Provinciale wet, zoo dit regelende macht aan de Staten toekent, als onschendbaar moet worden toegepast.

Blijven dus over de artikelen der Provinciale wet en der Gemeentewet.

In de memorie worden nu terruggegeven de argumenten die ook elders, bepaaldelijk bij Roëll, „het reglement op het onderhoud en gebruik der wegen in de provincie Utrecht" worden aangetroffen. Men wil in het bijzonder scherp onderscheid maken tusschen het bestuur van den waterstaat en het toezicht, zooals een en ander genoemd wordt in de ongewijzigde Grondwet van 1848 onder welker vigieur art. 137 der Provinciale wet is tot stand gekomen en waarnaar dit dus zou moeten worden uitgelegd.

In art. 190 en volg. werd nu aan den koning het opperloezicht over alles wat den waterstaat betreft, aan de Provinciale Staten het toezicht op alle wateren, bruggen, wegen, waterwerken en waterschappen opgedragen. Men wil nu het toezicht beperken tot de zorg voor de uitvoering der verordeningen die het door de wet aan te wijzen bestuur heeft gegeven, omdat alleen hij die bestuurt maatregelen kan nemen.

Dit wordt aangedrongen met eene vergelijking van art. 192 eerste lid der Grondwet van 1848 met het tweede lid; hadden, zoo beweert men, Provinciale Staten reeds krachtens het hun verleende toezicht ook wetgevende macht op waterstaatsgebied, dan had men hun niet nog afzonderlijk de bevoegdheid tot het wijzigen of opnieuw vaststellen van waterschapsreglementen behoeven te geven. Dit argument komt

mij zwak voor. Daargelaten dat eene tautologie in de wet niet tot de onmogelijkheden behoort, en vrees daarvoor dus niet in eene bepaalde richting van wetsuitlegging behoeft te drijven, brengt wetgevende macht in waterstaatszaken nog geenszins van zelf mede, ingrijpen in de bevoegdheid der waterschappen en optreden als wetgever voor die instellingen, terwijl aan de andere zijde beperking van de bevoegdheid der Staten zou medebrengen, dat onbeheerd blijven vele waterstaatswerken die buiten het beheer der waterschappen staan.

Opmerkelijk is dat art. 188 der Grondwet zooals die in 1887 gewijzigd is onder het bestuur van den waterstaat het oppertoezicht van den koning en het toezicht van de Staten begrijpt.

Aan de Staten der provincie wordt gegeven het toezicht op alle wegen; daaronder zijn begrepen de rijkswegen;- art. 141 der Provinciale wet echter ontzegt aan de Staten de bevoegdheid om in hunne verordeningen te treden in onderwerpen van algemeen rijksbelang. Ergo zou volgens het in de memorie betoogde, indien onder toezicht ook het maken van verordeningen begrepen was, de wet met de eene hand terugnemen wat zij met de andere gegeven had.

Aangenomen al, dat het toezicht op de rijkswegen eene zaak van algemeen rijksbelang genoemd moet worden, doet de wet in werkelijkheid niet meer dan in art. 141 eene algemeene beperking stellen aan de bevoegdheid tot reglementeeren, in art. 140 gegeven.

Maar wat ook de bedoeling der Grondwetsartikelen geweest moge zijn, te recht heeft mr. G. d. Vries tegen de aan het onderscheid tusschen bestuur en toezicht ontleende argumenten gesteld dat dit niet gelden kan voor art. 137 der Provinciale wet, dat toch voorkomt

in het hoofdstuk van de regeling en het bestuur van het provinciale huishouden die aan de Provinciale Staten zijn opgedragen, dat dus het toezicht in dat artikel bedoeld behoort tot het provinciale huishouden, waaromtrent de Staten reglementen kunnen maken, terwijl daarenboven niet denkbaar is een zuiver toezicht zonder regeling, uitgeoefend door de volledige vergadering der Staten; zulk toezicht laat zich alleen denken, uitgeoefend door de uitvoerende macht, waartoe de Provinciale Staten niet behooren. (Bijdragen voor Staats-, Provinciaal- en Gemeentebestuur, deel 18; men zie een en ander bijeengebracht bij Mr. C. J. H. SCHEPEL wegenrecht in Nederland, blz. 268 en volg.

Op de macht der Provinciale Staten kan dus a fortiori worden toegepast wat door den Hoogen Raad bij een arrest van 3 Juni 1879, Wbl. 4404, werd beslist omtrent het aan den Koning bij de Grondwet opgedragen oppertoezicht: dat werkelijk uit het oppertoezicht over waterstaatswerken eene bevoegdheid voortvloeit om te waken, ook door het geven van algemeene voorschriften tegen al zoodanige handelingen waardoor aan de instandhouding en de bestemming dier werken voor den openbaren dienst mocht worden tekort gedaan; dat dus de vraag of de Koning bevoegd was een bepaald voorschrift te geven van den aard van dat voorschrift afhangt.

Wat nu betreft het tweede gedeelte van het middel komt het mij voor dat, zoo het juist is gezien dat aan de Provinciale Staten het reglementeeren ook op het stuk van het wegenbeheer is opgedragen, dit moet gelden voor alle wegen in de provincie, misschien dan met uitzondering van de rijkswegen, daar het wegenbeheer ook een provinciaalbelang is, en de ge-

meenteraad zich krachtens art. 150 der Gemeentewet heeft te onthouden of krachtens art. 151 heeft te wijken voor elke provinciale bemoeiing.

Het eerste middel is naar mijne meening dus ongegrond.

Als tweede middel is voorgedragen: Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 2 en 3 van genoemd prov. reglement, artt. 144 al. 5 G. W. en de artt. 126 en 127 der Gemeentewet door te beslissen, dat al ware al. 2 van genoemd art. 3 in strijd met de wet, dan toch de regeling vervat in de art. 1, 2, en 3 al. 1 geldig is en in casu kan worden toegepast, terwijl zij had behooren te beslissen, dat al. 2 van gemeld art. 3 is in strijd met de artt. 126 en 127 der Gemeentewet en met art. 144 al. 5 G. W. en dat deze alinea in zoo nauw verband staat met de regeling vervat in de artt. 1, 2 en 3 al. 1 van het provinciaal reglement, dat hare onwettigheid de onwettigheid der geheele regeling medebrengt.

Volgens het betrokkene reglement mag geene beplanting worden aangevangen voordat hetgeen in het reglement het toezichthebbend bestuur wordt genoemd dàaromtrent aanwijzing zal hebben gedaan, terwijl indien dit in gebreke blijft, de aanwijzing op aanvrage gedaan wordt door Gedeputeerde Staten. Art. 40 van het reglement op de openbare wegen en voetpaden in Noordbrabant wijst als het toezichthebbend bestuur voor „gemeentewegen en voetpaden en die door rechtspersonen of bijzondere personen beheerd worden", Burgemeester en Wethouders, voor die welke onder beheer der waterschapsbesturen zijn, deze besturen aan. De requirant meent nu dat vermits art. 127 der Gemeentewet, den Commissaris des Konings aanwijst om op te treden daar waar Burgemeester en

Wethouders niet zorgen voor de medewerking die ter uitvoering ook van provinciale verordeningen gevorderd wordt van het gemeentebestuur, hier in strijd met de wet Gedeputeerde Staten geroepen worden te doen wat Burgemeester en Wethouders verzuimen.

Reeds toen deze zaak voor den eersten keer bij den Hoogen Raad aanhangig was, werd hetzelfde middel voorgesteld en ik bestreed het toen met de opmerking dat hier geen sprake is van Burgemeester en Wethouders als gemeentebestuur, maar van dat college als toezicht houdende op de wegen, als hoedanig het gesteld wordt nevens de waterschapsbesturen. Beide colleges fungeeren alzoo in zekeren zin als provinciale ambtenaren; en daar het hier alzoo niet geldt de medewerking van het gemeentebestuur aan de uitvoering eener verordening, maar de uitvoering van een reglement door de toezichthebbende besturen, waaronder voor eene bepaalde categorie van wegen Burgemeester en Wethouders behooren, is de aanwijzing van Gedeputeerde Staten tot optreden bij verzuim van de besturen geheel correct; voor de waterschapsbesturen zou de Commissaris des Konings toch in geen geval in de plaats kunnen treden.

Dit betoog wordt thans bestreden met een beroep op de arresten van den Hoogen Raad van 12 Januari 1883, Wbl. 4868 en 21 Juni 1881, Wbl. 4672, waaruit volgen zou dat de gemaakte onderscheiding tusschen het gemeentebestuur en het orgaan van eene hoogere macht, ongegrond is, omdat Burgemeester en Wethouders ook in de gevallen van art. 126 der Gemeentewet als zulk een orgaan optreden.

In de aangehaalde arresten wordt echter alleen beslist, dat Burgemeester en Wethouders niet altijd voor de gemeente optreden, en dat zulks blijkt uit

art. 126 der Gemeentewet, doch niet dat elk optreden als orgaan van eene andere macht, hunne handelingen onder art. 127 dier wet brengt, overigens sluit de facultatieve macht aan den Commissaris des Konings bij laatstgenoemd artikel gegeven, niet uit de aanwijzing van eenige andere autoriteit, in dier voege dat de Commissaris alleen optreedt wanneer geene andere macht is aangewezen.

Doch al ware de aanwijzing van Gedeputeerde Staten in het reglement onwettig, daarmede zou de wettigheid der aanwijzing van Burgemeester en Wethouders niet vervallen, omdat deze geenszins met de eerste een onverbreekbaar geheel uitmaakt. Naar de opvatting van den requirant zelven is het gemeentebestuur geroepen tot medewerking aan de uitvoering der verordening; dit berust dan toch op de wet, waartoe niets kan afdoen de beantwoording van de vraag of de door het verzuim benadeelde zich tot herstel tot Gedeputeerde Staten, dan wel tot den Commissaris des Konings zou moeten wenden.

Ook de in dit middel vervatte grief kan ik dus niet beamen.

Het derde middel luidt: Schending en verkeerde toepassing van art. 625 B. W. en 151 G. W. benevens van de artt. 1, 2 en 3 van genoemd prov. reglement door te beslissen, dat dit prov. reglement slechts inhoudt eene volgens art. 625 B. W. geoorloofde beperking van de uitoefening van beklaagdes recht van voorpoting.

Ter toelichting wordt in de eerste plaats aangevoerd, dat de requirant een recht op voorpoting beweert, dat hem vergunt op 3 meters afstand van de as van den weg te planten, terwijl art. 2 van het reglement alle beplanting op minder dan 3½ meter uit de as verbiedt.

Maar niet de omvang van het recht is hier in geschil; het is niet de vraag of requirant anders mocht planten dan hem met inachtneming van art. 2 zou zijn aangewezen, maar of hij mocht planten zonder eenige aanwijzing gevraagd en verkregen te hebben. Hij erkent zelf dat in het algemeen het vereischte van aanwijzing omtrent de beplanting niet onwettig is, dan is dat ook niet het verbod van planten zonder aanwijzing.

Nu gaat het niet aan te zeggen: ik behoefde geene aanwijzing te vragen, want ik zou wegens de bepaling van art. 2 toch geene aanwijzing omtrent mijn recht gekregen hebben. Of men zich met de gedane aanwijzing had moeten tevreden stellen, dan wel op grond van zijn recht, daarvan had mogen afwijken, is eene vraag die uitsluitend betreft de toepassing van art. 1 en 2 van het reglement, de requirant is echter veroordeeld wegens overtreding van art. 3, het beplanten zonder voorafgaande kennisgeving en aanwijzing, en met die handeling heeft hij geen recht uitgeoefend dat art. 625 Burgerlijk Wetboek hem schenkt. Wat er dus zijn mocht van de rechtsgeldigheid van de artt. 1 en 2, die van art. 3 wordt door genoemd art. 625 niet aangetast.

Ten slotte wordt thans weder beweerd, dat het reglement te ver gaat met den eisch van aanwijzing door het bestuur, omdat zoo dit eenvoudig met de aanwijzing in gebreke blijft en Gedeputeerde Staten evenzoo ze nalaten, het geheele recht van voorpoting waardeloos is en de bepaling dus werkelijk den eigendom aantast. Ik beantwoord deze grief met de opmerking dat zij het reglement niet kan treffen: de omstandigheid dat een reglement onuitgevoerd kan blijven door plichtverzuim van hen die tot de uit-

voering geroepen zijn en dat daardoor iemands recht kan geschonden worden, brengt niet de onwettigheid van het reglement mede; het verzuim stelt hem die het begaat bloot aan eene gewone actie tot schadevergoeding.

Het vierde en laatste middel — Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 2, en 3 van meergenoemd provinciaal reglement door te beslissen, dat beklaagde zich heeft schuldig gemaakt aan het beplanten van den weg zonder voorafgaande schriftelijke kennisgeving aan het toezichthebbend bestuur en zonder dat dit de noodige aanwijzing daartoe gedaan had, terwijl feitelijk vaststaat, dat de beklaagde boomen heeft geplant op 3 meter afstand van de as van den weg die voldoende, d. i. 9 meter breed is en zich mitsdien heeft schuldig gemaakt aan overtreding [van art.] 2 ter zake waarvan hij evenwel niet vervolgd wordt — mist zijnen feitelijken grondslag.

Er is telast gelegd dat requirant heeft geplant zonder kennisgeving en aanwijzing, nu mogen enkele getuigen verklaringen hebben afgelegd omtrent de wijze van planten, deze lag buiten de door de dagvaarding bepaalde grenzen van het onderzoek, en daarvan is te recht niets bewezen verklaard, daarentegen heeft de Rechtbank als door wettige bewijsmiddelen bewezen aangenomen, dat de requirant schuldig is aan het hem telast gelegde en hem diensvolgens ter zake daarvan veroordeeld, zooals de wet haar voorschrijft.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 11 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van H. K., oud 75 jaren, landbouwer, geboren en wonende te Erp, requirant van cassa-

tie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te 's-Hertogenbosch van 4 Dec. 1900, waarbij de requirant, ingevolge de verwijzing dezer zaak door den H. R. bij arrest van den 22 Oct. 1900 naar voormelde Rechtbank, werd schuldig verklaard aan: het in de provincie Noordbrabant beplanten van bermen van een openbaren weg niet in onderhoud bij het Rijk, zonder dat te voren schriftelijk was kennis gegeven van den tijd en de wijze waarop die beplanting geschieden zou, aan het toezichthebbende bestuur en zonder dat dit de noodige aanwijzing daartoe had gedaan, en hij, met toepassing der artt. 1, 2, 3 en 9 van het reglement op de beplantingen op bermen of kanten van openbare wegen, niet in onderhoud bij het Rijk, vastgesteld den 18 Nov. 1889 en afgekondigd in de provincie Noordbrabant in Prov. Blad 1890 N° 13 en art. 23 W. v. Strafr., is veroordeeld tot eene geldboete van *f* 5.—, met vervangende hechtenis van één dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. VAN TEIJLINGEN;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den req. voorgesteld bij memorie:

I. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 2, 3 en 9 van gemeld Prov. Regl., art. 137 der Prov. wet, de artt. 134, 135 en 179[h] der Gemeentewet en de artt. 144 en 190 der Grondwet, en zulks door toe te passen de voormelde artt. van gemeld Prov. Regl. en te beslissen, dat deze artt. niet zijn in strijd met de wet en dat de Prov. Staten de bevoegdheid tot het maken van dergelijke bepalingen ontleenen aan art. 137 der Prov. wet;

II. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 2 en 3 van genoemd Prov. Regl., art. 144 al. 5 Grondwet en de artt. 126 en 127 Gem. wet, door

te beslissen, dat al ware al. 2 van genoemd art. 3 in strijd met de wet, dan toch de regeling vervat in de artt. 1, 2 en 3 al. 1 geldig is en in casu kan worden toegepast; terwijl zij had behooren te beslissen dat al. 2 van gemeld art. 3 is in strijd met de artt. 126 en 127 Gem. wet en met art. 144 al. 5 Grondwet en dat deze alinea in zoo nauw verband staat met de regeling vervat in de artt. 1, 2 en 3 al. 1 Prov. Regl., dat hare onwettigheid de onwettigheid der geheele regeling medebrengt;

III. Schending en verkeerde toepassing van art. 625 B. W. en art. 151 Grondwet, benevens de artt. 1, 2 en 3 van genoemd Prov. Regl., door te beslissen dat dit Prov. Regl. slechts inhoudt eene volgens art. 625 B. W. geoorloofde beperking van de uitoefening van beklaagdes recht van voorpoting;

IV. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 2 en 3 van meergenoemd Prov. Regl., door te beslissen, dat beklaagde zich heeft schuldig gemaakt aan het beplanten van den weg zonder voorafgaande schriftelijke kennisgeving aan het toezichthebbend bestuur en zonder dat dit de noodige aanwijzing daartoe gedaan had; terwijl feitelijk vaststaat, dat de beklaagde boomen heeft geplant op 3 M. afstand van de as van den weg, die voldoende, dat is 9 M. breed is en zich mitsdien heeft schuldig gemaakt aan overtreding van art. 2 ter zake waarvan hij evenwel niet vervolgd wordt;

Gehoord den Adv.-Gen. Noyon, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat de req. heeft terechtgestaan beklaagd van in den loop der maand Febr. 1900 te Erp, op den berm van den openbaren gemeentekunstweg (niet in onderhoud bij het Rijk tegenover de punten Sectie J

N°s. 902, 1078 en 1079 aan beklaagde toebehoorende) 44 kanadaboomen te hebben geplant, zonder dat door hem van te voren schriftelijk was kennis gegeven aan het toezichthebbende bestuur zijnde B. en W. van Erp, van den tijd en de wijze, waarop die beplanting geschieden zou, zijnde die beplanting dan ook bovendien niet geschied in de lijn of richting door het toezichthebbend bestuur aan te wijzen, aangezien die aanwijzing niet had plaats gehad;

O., dat dit aan den req. ten laste gelegde feit, alsmede zijne schuld daaraan, wettig en overtuigend bewezen is verklaard en daaraan de qualificatie is gegeven en de straf is opgelegd gelijk aan het hoofd van dit arrest is vermeld;

O. ten aanzien van het *eerste* voorgestelde middel:

dat tot toelichting hiervan wordt in het midden gebracht, dat de gemelde bepalingen van het Prov. Regl. zijn in strijd met de wet, omdat de bevoegdheid der Prov. Staten ten opzichte van wegen in hunne Provincie is geregeld in art. 137 der Prov. wet, en dit artikel hun wel toekent het toezicht op de wegen in hunne Provincie, maar hun niet geeft de bevoegdheid om strafreglementen te maken op het bestuur dier wegen, zeker niet op die, waarvan de eigendom, het onderhoud en het beheer toekomt aan eene Gemeente;

O., dat het Prov. Regl., waarvan de wettigheid wordt bestreden, betreft de beplantingen op bermen of kanten van openbare wegen, niet in onderhoud bij het Rijk zijnde, terwijl de artikelen, die in dezen toepasselijk zijn verklaard, aldus luiden:

Art. 1. Het is verboden op bermen of kanten nieuwe beplantingen aan te leggen en bestaande beplantingen aan te vullen of door nieuwe te vervangen, anders dan op onderlingen afstand en in de lijn

of richting, aan te wijzen door het bestuur, hetwelk volgens het Prov. Regl. op de openbare wegen het toezicht heeft over den weg, en onder de voorwaarden in de volgende artikelen opgenomen.

Art. 2. Het is verboden beplantingen aan te leggen, aan te vullen of door nieuwe te vervangen op eenen afstand van minder dan 3 ½ M. uit de as van wegen, tenzij bij onvoldoende breedte van den weg, krachtens eene vergunning van het toezichthebbend bestuur in art. 1 bedoeld.

Art. 3. Vóór dat op bermen of kanten van wegen met eene beplanting wordt aangevangen, moet van den tijd en de wijze, waarop dit geschieden zal, schriftelijk kennis worden gegeven aan het toezichthebbend bestuur, dat daarop binnen 14 dagen de noodige aanwijzingen zal doen overeenkomstig dit Regl.

Geschiedt binnen dien tijd geene aanwijzingen door het toezichthebbend bestuur, zal op aanvrage daartoe van den belanghebbende de aanwijzing worde gedaan door Ged. Staten. Wordende voorts in art. 9 de straf bepaald, ingeval van overtreding van de bepalingen van het Reglement;

O., dat ingevolge art. 40 van het Regl. op de openbare wegen en voetpaden in de Prov. Noordbrabant, het aanhoudend en dagelijksch toezicht over de gemeente-wegen en voetpaden — behoudens het algemeen toezicht van Ged. Staten, in andere artikelen omschreven — wordt opgedragen aan B. en W.;

dat de bepalingen van het bedoelde Regl. derhalve bevatten, eensdeels voorschriften om het toezicht van betrekkelijke besturen — in dit geval B. en W. — te bevorderen, ten andere (gelijk ook het geval is met de overige artikelen van het Regl.) voorwaarden, die de Prov. wetgever heeft noodig geacht met het oog

op de bruikbaarheid en de veiligheid der wegen in zijne provincie;

O., dat deze bepalingen niet kunnen geacht worden in strijd te zijn met art. 137 der Prov. wet;

dat toch dit artikel, geplaatst in de eerste paragraaf van het 4e Hoofdstuk dier wet, waarvan het opschrift luidt: „Van de regeling en het bestuur van „het provinciaal huishouden", voorafgegaan wordt door de, op art. 131 der toenmaals geldende Grondwet steunende, bepaling van art. 130, waarbij aan de Staten de regeling en het bestuur van het provinciaal huishouden wordt opgedragen, en wordt gevolgd door art. 140 op grond van hetwelk de Staten de reglementen en verordeningen maken, die zij voor het provinciaal belang noodig oordeelen;

dat de Staten van Noordbrabant alleszins bevoegd waren om voormelde bepalingen vast te stellen, die, als geldende de bruikbaarheid en veiligheid der verkeersmiddelen in de Provincie, betrekking hadden op het provinciaal huishouden en een algemeen provinciaal belang betroffen;

dat nu wel in art. 137 alleen gesproken wordt van „toezigt" op alle wateren, bruggen, wegen, waterwerken, en waterschappen binnen de provincie, maar dat dit toezicht, blijkens het verband waarin het artikel met de overige bepalingen van de paragraaf zich bevindt, noodwendig ook in zich sluit de bevoegdheid om, door strafbepalingen gesanctioneerde, reglementen vast te stellen, indien zulks wordt noodig geacht om de verkeersmiddelen aan hunne bestemming te doen beantwoorden;

O., dat hierop niet van invloed is de omstandigheid, dat het hier een *gemeenteweg* betreft, omdat hoewel het in de Gemeentewet nedergelegde zelfbe-

stuur der gemeenten zich ook uitstrekt tot de gemeente-*wegen*, zulks niet belet, dat de provinciale wetgever verordeningen of reglementen kan vaststellen, die terwijl zij van algemeen belang zijn voor de geheele Provincie, ook tegelijkertijd de plaatselijke belangen der individueele gemeenten raken, met dit gevolg, dat de plaatselijke verordening voor de provinciale moet wijken;

O., dat het *eerste* middel dus is ongegrond;

O. aangaande het *twee e* voorgestelde middel:

dat tot toelichting daarvan wordt aangevoerd, dat uit de in het middel gemelde artikelen van het Prov. Regl. blijkt, dat de wetgever alleen eene zoodanige aanwijzing van B. en W. op het oog heeft, die vervangen kan worden door eene aanwijzing van Ged. Staten, zoodat men niet mag aannemen dat B. en W. hunne bevoegdheid tot aanwijzing behouden, wanneer de macht bij art. 3 al. 2 aan Ged. Staten toegekend, vervalt; — terwijl verder wordt betoogd, dat de tweede alinea van art. 3 is in strijd met de artt. 144 al. 5 der Grondwet en 126 en 127 der Gemeentewet, omdat, wanneer het College van B. en W. zijne medewerking moet verleenen tot uitvoering van wetten of Prov. verordeningen en het voor de hem opgedragen uitvoering niet of niet behoorlijk zorgt, de Commissaris der Koningin in die uitvoering voorziet ten koste der nalatigen;

O., dat uit de hierboven opgenomen artikelen van het Reglement blijkt, dat art. 3 beoogt het bevorderen van het toezicht op het beplanten der wegen door aan hen, die daartoe wenschen over te gaan, de verplichting op te leggen, schriftelijk kennis te geven aan het toezichthebbend bestuur, dat binnen 14 dagen de noodige aanwijzingen zal doen overeenkomstig het Reglement;

dat, waar nu — omdat het hier betreft een gemeenteweg — B. en W. als *toezichthebbend* bestuur door het Prov. Regl. op de openbare wegen en voetpaden zijn aangewezen, deze niet kunnen gezegd worden op te treden in den zin van art. 126 der Gemeentewet, n. l. in de plaats van het *Gemeentebestuur*, ter uitvoering van Pov. regl. en verordeningen, waartoe het *Gemeentebestuur* moet medewerken, waaruit volgt, dat ook niet in strijd kan zijn gehandeld met art. 127 der Gemeentewet, door te bepalen, dat bij gebreke van het doen van aanwijzing, deze, op aanvrage van den belanghebbende, door Ged. Staten wordt gedaan;

O., dat ook het *tweede* middel derhalve is ongegrond;

O. aangaande het *derde* voorgestelde middel:

dat tot toelichting daarvan wordt beweerd, dat, waar beklaagde stelt en de Rechtbank zelfs aanneemt, dat requirant heeft een recht van voorpoting, terwijl vaststaat dat requirants boomen steeds hebben gestaan op 3 meter afstands van de as van den weg, en de boomen, ter zake waarvan hij thans vervolgd wordt, niet verder van de as van den weg verwijderd waren, de provinciale wetgever, door te bepalen in art. 2, dat het verboden is beplantingen aan te leggen, aan te vullen of door nieuwe te vervangen op eenen afstand van minder dan 3½ meter uit de as van de wegen, verder is gegaan dan art. 625 B. W. hem veroorlooft, terwijl voor den beklaagde, die als vanouds boomen wilde planten op een afstand van 3 meter uit de as, het schriftelijk kennisgeven aan B. en W. van zijn voornemen niet te pas kwam;

O., dat requirant heeft terechtgestaan en is veroordeeld, ter zake dat hij bermen beplant heeft van een openbaren weg, zonder te voren schriftelijk kennis

te geven van den tijd en de wijze, waarop die beplanting geschieden zou, waartegen voorzien is in art. 3 in verband met art. 9 van het meergenoemde Reglement;

dat, welke beschouwing het bestreden vonnis ook moge gewijd hebben aan de, op de schending derzelfde artikelen steunende verdediging van den beklaagde, ten deze geen middel van cassatie kan gegrond worden op art. 2 van het Reglement, hetwelk van de bovenbedoelde kennisgeving geen melding makende, doch een verbod omtrent de wijze van beplanten zelve inhoudende, alle toepassing in dit geval mist;

dat eveneens ten onrechte wordt beweerd, dat req. onder de omstandigheden, waarin hij verkeerde, niet behoefde schriftelijk kennis te geven, omdat het Reglement geen onderscheid maakt, maar aan een ieder, die met eene beplanting wil aanvangen, de meervermelde verplichting oplegt, terwijl bij het doen der aanwijzingen door het toezichthebbend bestuur de gelegenheid voor den requirant zoude opengestaan hebben om zich op zijne beweerde rechten te beroepen;

O., dat het *derde* middel eveneens is ongegrond;

O. ten aanzien van het *vierde* voorgestelde middel:

dat in het bestreden vonnis niets is beslist omtrent den afstand waarop de boomen door den requirant zouden zijn geplant, evenmin als omtrent het al o niet schuldig zijn aan de overtreding van art. 2 van het Reglement, zoodat dit middel zijnen feitelijken grondslag mist;

O., dat derhalve ook dit middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 59.

CASSATIE. — GISSING IN EENE VERKLARING.

Cassatie van het bestreden vonnis, vermits daarin tot het bewijs van het ten laste gelegde feit heeft medegewerkt de verklaring van den verbalisant-getuige, in welke verklaring eene gissing voorkomt.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Het eerste der in deze zaak voorgestelde cassatiemiddelen luidt: Schending, althans verkeerde toepassing van de artt. 3 en 32 der keur op de Wegen, Kaden, Bruggen, Bruggehoofden, Vlieten, Wateringen, Scheeslooten en verdere Watergangen, alsmede op den Windvang in de Polders Zuidzijde, Noordzijde en Zevenhoven, gemeente Bleskensgraaf, doordien de Kantonrechter met toepassing dezer artikelen den requestrant schuldig heeft verklaard en straf opgelegd, terwijl alleen bewezen is verklaard dat de vier gedeelten weg, in het vonnis nader omschreven, slechts waren bezand ter wegbreedte van ongeveer een halven Meter en niets is overwogen of bewezen verklaard ten aanzien van het bij art. 3 der keur voor de strafbaarheid evenzeer vereischte element dat de weg ook ter dikte van een decimeter moest zijn bezand.

Art. 3 der aangehaalde keur bepaalt onder meer dat de grindwegen eenmaal 's jaars met biggelzand of zoogenaamde grint moeten worden bezand ter breedte van één meter en ter dikte van één decimeter; de overtreding is dus reeds gepleegd wanneer de bezanding niet 1 meter breed is, niet eerst wanneer daarenboven de dikte beneden de bepaling der keur blijft. De Kantonrechter behoefde zich dus, eenmaal de te geringe breedte vastgesteld hebbende, niet meer over de dikte te bekommeren, nu in het algemeen het niet voldoende van de bezanding was telast gelegd

zonder afzonderlijke vermelding van breedte en dikte. Het middel is daarom ongegrond.

Als tweede middel is voorgesteld: Schending, althans verkeerde toepassing van de artt. 398, 392, 402 in verband met de artt. 211, 221, 223, 253, Strafvordering, wijl het door den Kantonrechter als bewijsmiddel gebruikte getuigenis van den verbalisant, getuige A. S., omtrent de breedte en dikte der bezanding is de uiting eener meening of gissing bij redeneering opgemaakt, zijnde immers door een getuige niet verklaard en in het vonnis opgenomen, dat die geringe afmetingen hem bekend waren uit eigen waarneming ten gevolge van meting, doch alleen zooals getuige letterlijk verklaarde „naar gissing".

Aan dit middel ontbreekt ten deele de feitelijke grondslag. De getuige heeft toch zijne gissing alleen doen werken ter bepaling van de dikte der bezanding, terwijl hij over de breedte uit eigene waarneming spreekt; nu verklaart de Kantonrechter alleen bewezen, dat de breedte niet aan den eisch der keur voldeed en hij laat de dikte geheel buiten beschouwing. Wat de getuige omtrent de dikte verklaard heeft maakt dus in werkelijkheid geen deel uit van de gebezigde bewijsmiddelen. Ook dit middel kan dus niet tot cassatie leiden.

Het derde middel is: Schending, althans verkeerde toepassing van art. 29 laatste alinea van voorschreven keur in verband met art. 3 en het overige gedeelte van art. 29 dier keur en de artt. 211, 216 en 221 Strafvord., doordien de Kantonrechter op de ambtseedige verklaring van den polderbode M. O. als bewezen heeft aangenomen dat deze op vier en twintig Oct. negentienhonderd vóór des namiddags twee uur te Bleskensgraaf en Hofwegen heeft afgekondigd en aan-

geplakt eene openbare bekendmaking van het Polderbestuur, dat op zeven en twintig October schouw zou worden gevoerd over het bezanden der graafdijken en niettegenstaande zulks den requestrant heeft veroordeeld, terwijl de strafbaarheid te dezer zake alleen kan worden aangenomen wanneer bewezen is, dat bedoelde afkondiging en aanplakking „drie dagen te voren", dit is drie vrije dagen *voor* den schouw, is geschied, welk alles dus uiterlijk op drie en twintig Oct. negentienhonderd had moeten plaats hebben.

Dat drie dagen te voren zou moeten beteekenen: met een tusschenruimte waarin drie vrije dagen vallen, is naar mij voorkomt eene geheel willekeurige uitlegging die tegen spraakgebruik indruischt en daarenboven blijkbaar in strijd is met de taalopvatting van het polderbestuur dat de keur heeft vastgesteld, zooals volgt uit de bepaling van art. 33, waarin voor de nadere schouw wordt vastgesteld de zevende dag op dien der eerste schouw volgende, en uit die van art. 35, naar welke de keur in werking is getreden op den achtsten dag na dien waarop zij is afgekondigd.

Het bestuur heeft zich toch blijkens die bepalingen rekenschap gegeven van de verschillende tijdsbepalingen en vrije dagen verordend waar het die noodig achtte, maar ze dan ook niet kunnen bedoelen waar het eene tijdsbepaling vaststelde, zonder er bijzonder gewag van te maken. En dat er volle etmalen zijn in acht genomen, blijkt uit de vermelding van de uren waarop de afkondiging heeft plaats gehad (vóór twee uur) en de schouw is gevoerd (omstreeks twee uur). Ook dit middel is dus ongegrond.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 11 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van P. T., oud 71 jaren, bouwman, geboren en wonende te Bleskensgraaf, gemeente Bleskensgraaf en Hofwegen, req. van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Sliedrecht van den 13en Dec. 1900, waarbij hij is schuldig verklaard aan het „bij het voeren van de schouw in de maand Oct. over de grintwegen en hunne bezanding, bevonden te zijn van het als gehoefslaagde op zulk een grintweg op den polder Noordzijde van den polder Bleskensgraaf, gelegen onder de gemeente Bleskensgraaf en Hofwegen, loopende langs den Graafstroom aldaar, dien weg op den 27en Oct. ll. niet ter breedte van één M. met biggelzand of zoogenaamde grint te hebben bezand, niettegenstaande het voeren dier schouw over den weg den 24ste dier maand en dus drie dagen te voren, door afkondiging en aanplakking ter kennis der belanghebbende gebracht was, vier malen gepleegd" en te dier zake, met toepassing van de artt. 1, 1o, 3, 29, 32, al. 1 en 34 van de Keur voor den polder Bleskensgraaf van 7 Sept. 1898, goedgekeurd den 27 dier maand en de artt. 23 en 62 van het W. v. Sr. is veroordeeld tot vier geldboeten van één gulden ieder, met vervangende hechtenis van een dag voor iedere boete;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gelet op de middelen van cassatie, door den req. voorgesteld bij memorie:

I. Schending, althans verkeerde toepassing van de artt. 3 en 32 der Keur op de wegen, kaden, bruggen, bruggenhoofden, vlieten, weteringen, scheislooten en verdere watergangen, alsmede op den windvang, in

de polders Zuidzijde, Noordzijde en Zevenhoven, gemeente Bleskensgraaf, doordien de Kantonrechter, met toepassing dezer artt., den req. schuldig heeft verklaard, en straf opgelegd, terwijl alleen bewezen is verklaard, dat de vier gedeelten weg, in het vonnis nader omschreven, slechts waren bezand ter wegbreedte van ongeveer een halve meter en niet is overwogen of bewezen verklaard ten aanzien van het bij art. 3 der Keur voor de strafbaarheid evenzeer vereischte element, dat de weg ook ter dikte van een decimeter moest zijn bezand;

II. Schending, althans verkeerde toepassing van de artt. 398, 392, 402 in verband met de artt. 211, 221, 223 en 253 van het W. v. Sv., wijl het door den Kantonrechter als bewijsmiddel gebruikte getuigenis van den verbalisant, getuige A. S., omtrent de breedte en dikte der bezanding is de uiting eener meening of gissing bij redeneering opgemaakt, zijnde immers door den getuige niet verklaard en in het vonnis opgenomen, dat die te geringe afmetingen hem bekend waren uit eigen waarneming ten gevolge van meting, doch alleen, zooals getuige letterlijk verklaarde, „naar gissing";

Subsidiair: III. Schending, althans verkeerde toepassing van art. 29 laatste al. van voorschreven Keur in verband met art. 3 en het overig gedeelte van art. 29 dier Keur en de artt. 211, 216 en 221 van het W. v. Sv., doordien de Kantonrechter op de ambtseedige verklaring van den polderbode M. O. als bewezen heeft aangenomen, dat deze op 24 Oct. 1900 vóór des namiddags twee uur te Bleskensgraaf en Hofwegen heeft afgekondigd en aangeplakt eene openbare bekendmaking van het Polderbestuur dat op 27 Oct. schouw zou worden gevoerd over het bezanden der Graaf-

dijken en niettegenstaande zulks req. heeft veroordeeld, terwijl de strafbaarheid te dezer zake alleen kan worden aangenomen, wanneer bewezen is, dat bedoelde afkondiging en aanplakking „drie dagen te voren" dit is drie vrije dagen *voor* de schouw is geschied, 't welk alles dus uiterlijk op 23 Oct. 1900 had moeten plaats hebben;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie strekkende enz.;

O., dat de req. heeft terechtgestaan ter zake, dat hij den 27sten Oct. 1900 des namiddags omstreeks twee ure bij de schouw over de wegen gehouden, als gehoefslaagde in den polder Noordzijde, behoorende tot den polder Bleskensgraaf, vier afzonderlijke gedeelten grintwegen, kadastraal bekend gemeente Bleskensgraaf sectie A. nos 1069, 1083, 1168 en 2144, tot welker onderhoud hij is gehouden, niet in genoegzame hoeveelheid met biggelzand of zoogenaamde grint had voorzien overeenkomstig art. 3 der Keur, terwijl bij openbare bekendmaking en aanplakking op den 24sten Oct. te voren die schouw ter kennis der belanghebbenden was gebracht;

O., dat de Kantonrechter bewezen heeft verklaard hetgeen den beklaagde bij de dagvaarding is ten laste gelegd en wel meer bepaaldelijk, dat de daarbij aangeduide gedeelten grintweg slechts waren bezand ter wegbreedte van ongeveer een halven meter, in ieder geval niet ter breedte van één meter;

O., dat de Kantonrechter heeft geoordeeld, dat hierdoor was overtreden art. 3 der Keur van den polder Bleskensgraaf, behoudende, onder meer, dat de grintwegen ten minste éénnaal 's jaars met biggelzand of zoogenaamde grint zullen worden bezand ter breedte van één meter en ter dikte van een decimeter, op

de overtreding van welk voorschrift straf is gesteld bij art. 32, eerste lid, van die Keur;

O. ten aanzien van het *tweede* middel, dat den vorm betreft:

dat in het bestreden vonnis wordt verklaard, dat het wettig en overtuigend bewijs van het hierboven vermelde feit was verkregen door de bewijsmiddelen vermeld onder andere bij de eerste en tweede overwegingen van dat vonnis;

dat in de eerste overweging is vermeld een proces-verbaal, door den schout van den polder Bleskensgraaf op den ambtseed opgemaakt, waarin deze als zijne bevinding bij de schouw van 27 Oct. jl. opgeeft, dat de bedoelde gedeelten grintweg van geen genoegzame grint waren voorzien, althans niet waren bezand ter breedte van één meter en ter dikte van één decimeter;

dat voorts, volgens de tweede overweging „de „verbalisant ter audiëntie als getuige onder eede ge„hoord, zijne zooeven bedoelde bevinding aangaande „de aldaar gemelde vier gedeelten wegs, geheel heeft „bevestigd en nader heeft verklaard, dat al die ge„gedeelten weg slechts over het midden waren bezand „ter breedte van zeker niet meer dan een halven meter, „terwijl het op die midden-gedeelten aangebrachte „zand of grint aldaar ook zelfs naar gissing niet dikker „lag dan twee centimeters;

O., dat, gelijk te recht bij het middel is aangevoerd, eene gissing door art. 398 van het W. v. Sv., als getuigenis wordt gewraakt en hiertegen niet kan afdoen, dat de gissing alleen betrekking heeft tot iets waaromtrent de Kantonrechter niets heeft beslist, de *dikte* nl. van bezanding, daar in het vonnis uitdrukkelijk wordt verklaard, dat het in de tweede

overweging vermelde bewijsmiddel, dat is de getuigenis van den verbalisant met de daarin voorkomende gissing tot het bewijs van hetgeen ten laste van den beklaagde als bewezen werd aangenomen, heeft medegewerkt;

O., dat het tweede middel dus gegrond is en het onderzoek van de overige middelen kan achterwege blijven;

Vernietigt het vonnis, door den Kantonrechter te Sliedrecht den 13en Dec. 1900 in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 Wet op de R. O:

Verwijst de zaak naar de Arr. Rechtb. te Dordrecht, om op de bestaande dagvaarding te worden berecht en afgedaan.

§ 60.

FAILLISSEMENTSWET. — CASSATIE (BESTRIJDING EENER VOORZIENING IN). — VENNOOTSCHAP ONDER EENE FIRMA. — FAILLIETVERKLARING EENER VENNOOTSCHAP ONDER FIRMA.

Er bestaat geen grond om de voorziening in cassatie tegen een arrest van faillietverklaring wegens verzuim der kennisgeving, bedoeld in art. 12 *in verband met art.* 8 *der Faillissementswet niet ontvankelijk te verklaren, indien de schuldeischer, die de faillietverklaring heeft uitgelokt, het beroep in cassatie bij een tegenverzoekschrift en nader in raadkamer van den Hoogen Raad door tusschenkomst van zijn vertegenwoordiger heeft bestreden.*

Het bezigen van de woorden van art. 1 *der Faillissementswet, dat de schuldenaar, wiens faillietverklaring is gevraagd „in den toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen", wordt niet gevorderd, als maar uit 's rechters feitelijke beslissing blijkt, dat het diens onmiskenbare bedoeling is te beslissen,*

dat die toestand aanwezig was.

De vennootschap onder eene firma is niet een op zich zelf staande van de vennooten afgescheiden rechtspersoon.

In de faillietverklaring van zoodanige vennootschap ligt die der vennooten opgesloten.

Request:

Aan den H. R. der Ned.

Geven eerbiedig te kennen:

1° de vennootschap onder de firma v. M., en M. gevestigd te Wenum onder Apeldoorn, en 2° N. P. ch. v. M. te Apeldoorn; beiden ten deze woonplaats kiezende 35 Koninginnegracht te 's Gravenhage ten kantore van hunnen vertegenwoordiger in na te melden beroep in cassatie Jhr. Mr. W. Th. C. v. D. advocaat bij Uwen Raad.

dat zij bij arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 30 Januari jl., waarvan eene expeditie hierbij wordt overgelegd, met vernietiging van het ter zake door de Rechtbank te Zutphen gewezen vonnis, zijn verklaard in staat van faillissement,

I. dat zij tegen dit arrest instellen beroep in cassatie en als middel van cassatie voorstellen:

Schending, immers verkeerde toepassing der artt. 1 en 6 der Faillissementswet;

dat toch art. 1 der Faillissementswet inhoudt, dat een schuldenaar failliet zal worden verklaard, wanneer hij *in den toestand verkeert*, dat hij heeft opgehouden te betalen;

dat nu het Hof niet heeft beslist, dat requestranten *in dien toestand* verkeeren;

dat wel het Hof uit het feit, dat door de eerste requestrante een orderbiljet niet werd betaald, heeft afgeleid dat zij heeft opgehouden te betalen;

dat voorts het Hof aan dat alleen staande feit heeft vastgeknoopt de overweging, dat zij meerdere schuldeischers moet hebben, alsmede heeft beslist, dat er voor haar geene gegronde redenen waren om de betaling van dat orderbiljet te weigeren, dat die requestrante — hoewel de juistheid dier beslissingen niet erkennende en integendeel hare weigering van betaling van het orderbiljet maar al te zeer gegrond achtende — die beslissingen echter als van feitelijken aard zijnde, en dus in cassatie vaststaande, niet wenscht te wederleggen;

dat echter al die aldus vaststaande feiten niet uitmaken den in art. 1 Faills. Wet *bedoelden toestand* en dus aan het Hof geen recht gaven hen failliet te verklaren;

dat het opmerking verdient, dat het Hof *met geen enkel woord* beslist, dat zij in dien toestand verkeeren;

dat requestranten geheel toegeven, dat blijkens de geschiedenis der wet ook zelfs de weigering van betaling van slechts één schuld den feitelijken rechter aanleiding *kan* geven den weigerachtigen schuldenaar failliet te verklaren, doch dat uit die geheele geschiedenis ook dit zonneklaar blijkt, dat zulke faillietverklaringen *alleen dan* kan worden uitgesproken, wanneer die enkele niet-betaling den rechter aanleiding geeft om aan te nemen, vooreerst dat de schuldenaar meerdere schulden heeft en vervolgens dat hij *ook deze niet kan betalen*;

dat immers eerst indien dit laatste het geval is — sprake kan zijn van een *toestand* van ophouden van betalen, zooals de Faillissementswet dien bedoelt;

dat toch evenzeer uit de de geschiedenis der Faillissementswet dit blijkt, dat niet-betaling van slechts

één schuld zonder meer en zonder dat de feitelijke rechter termen vindt om daaruit af te leiden dat er meerdere op eischbare schulden zijn, die niet betaald worden of zullen worden, nooit faillissement kan ten gevolge hebben: „Toestand" — zoo sprak Mr. PIJNAPPEL bij de vaststelling van art. 1, zooals het nu luidt (Belinfante VI p. 29) „wijst duidelijk iets aan, dat algemeen is en „*eenige voortduring* heeft enz". Er moet dus zijn eene voortduring van niet-betalen en nergens besliste in casu het Hof dat deze voortduring hier aanwezig is; het besliste, dat er naast het niet-betaalde orderbiljet meerdere schulden waren, maar met geen enkel woord beslist het Hof dat de eerste requestrante ook tot betaling dier andere schulden onmachtig of onwillig was, dat het overigens duidelijk is, dat een schuldenaar, die één schuld zij het om de meest ongegronde redenen, uit onwil of wat ook niet betaalt, zeer wel in staat en van zins kan zijn om al zijne andere schulden en ook zelfs de geweigerde te betalen en er dan — zooals de geschiedenis der wet leert geen sprake van kan zijn, dat hij verkeert in den meer bedoelden toestand, nl. dat hij bij voortduring niet betaalt;

dat dus het Hof om faillissement te mogen uitspreken had moeten beslissen, dat *die toestand* zich voordeed, m.a.w. dat requestranten ook die andere schulden niet betaalden of zouden betalen;

dat het Hof zelfs feitelijk toegeeft, dat dit laatste niet vaststaat, immers tot tweemalen toe niet zegt, dat er *reeds* een concursus creditorum *is*, maar slechts dat deze *te duchten* is;

dat ook dit laatste als van feitelijken aard hier door requestranten niet bestreden wordt, te minder omdat — zoo ooit — zeker die concursus het noodwendig

en gewild gevolg van faillietverklaring zijn zal; maar dat het niet de vraag is, of de schuldeischers te zamen zullen loopen, maar*: of zij dit doende geene betaling zullen erlangen* en dat dit laatste allerminst vaststaat en in elk geval door het Hof niet is beslist;

dat zeer zeker hier niets ter zake doet, dat de vennootschap hypothecaire schulden heeft, waar het Hof zelf feitelijk erkent, dat die niet direct opvorderbaar zijn en het toch zeker niet opgaat iemand failliet te verklaren, omdat hij zijne niet opeischbare schulden niet betaalt;

dat het ook zeer begrijpelijk is, dat het Hof tegenover de tastbare bewijzen door requestranten én in prima én in appel overgelegd,dat zij wel in staat waren hunne schulden te betalen, niet heeft willen, *noch kunnen* beslissen, dat die meerdere — volgens 's Hofs feitelijke beslissing bestaande schulden niet zouden betaald worden en daardoor elke opvatting alsof het Hof — hoewel het niet zeggende — toch wel zou bedoeld hebben zulks te zeggen uitdrukkelijk onjuist zou blijken;

dat, waar het Hof dus de voor eene faillietverklaring onmisbare gevolgtrekking uit het feit der niet betaling van het orderbiljet, dat ook de andere schulden niet zouden betaald worden, niet heeft gemaakt, het dan ook ten onrechte de faillietverklaring heeft uitgesproken en deze — als zijnde onbewezen, dat de in art. 1 Faillissementswet bedoelde toestand zich voordoet, — zal behooren te worden vernietigd;

II. door requestrant sub 2 wordt bovendien, wat betreft de tegen hem uitgesproken faillietverklaring als middel van cassatie voorgesteld:

Sch. immers verk. toep. der artt. 1 en 6 der Faillissementswet en der artt. 1314, 1315, 1319 van

het Burg. Wetb. en van art. 18 van het Wetboek van Koophandel;

dat toch het Hof — zij het met juistheid overwegende, dat al de schulden der vennootschap revera die van requestrant zijn — geheel voorbijziet, dat uit niets gebleken is — en het Hof dit ook met geen enkel woord beslist, — dat requestrant die schulden niet wil of kan betalen;

dat deze onmisbare beslissing evenmin ten zijnen opzichte als straks ten opzichte der requestreerende-vennootschap in 's Hofs beslissing te vinden is;

dat zelfs uit niets blijkt, dat hem in privé ooit betaling is gevraagd van eenige schuld der vennootschap, waarvoor hij hoofdelijk aansprakelijk is;

dat eerst als dit het geval ware, wellicht zou kunnen blijken, dat hij in privé had opgehouden te betalen en het zeker vreemd mag heeten, dat men failliet verklaard, wordt, omdat men niet betaalde, waar geen betaling gevraagd werd;

dat, waar eene vennootschap onder eene firma toch zeer zeker een vermogen heeft afgescheiden van dat der vennooten, de stelling van het Hof, dat faillissement der vennootschap per se medebrengt dat der vennooten, kennelijk onjuist is en niet den minsten steun in eenige wetsbepaling vindt, allerminst kan worden afgeleid uit de hoofdelijke aansprakelijkheid der vennooten;

dat er ook niet de minste reden is om, zonder meer, te beslissen, dat een wellicht in privé schatrijk vennoot, alleen omdat eene zaak, waarin hij vennoot is, ophoudt te betalen en zonder dat blijkt, dat die vennoot in privé ooit weigerende of onmachtig bleek om aan zijne hoofdelijke aansprakelijkheid te voldoen, tegelijk met die zaak verkeert in den toestand van niet-betalen;

dat men met hetzelfde recht zou kunnen beweren, dat als iemand failleert eo ipso zijn borg failliet is, al bleek evenmin als in casu ten opzichte van requestrant, dat die hoofdelijke schuldenaar ooit weigerde zijn borgtocht na te leven of zelfs daartoe werd aangespoord of uitgenoodigd;

Redenen, waarom requestranten Uwen Hoogen Raad verzoeken het aangevallen arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 30 Jan. dezes jaars te vernietigen.

's Gravenhage 6 Febr. 1901.

get. W. Th. C. v. D.
Advocaat.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

De Proc.-Gen.,

Gezien vorenstaand verzoekschrift, het daartegen ingediende antidotaal request en de overgelegde stukken;

Gelet op de toelichting en bestrijding van het request door de raadslieden van partijen ter raadkamer van den 15 dezer;

Overwegende met betrekking tot het bij het antidotaal request voorgestelde middel van niet-ontvankelijkheid, dat naar luid van het 2e lid van art. 12 der Faillissementswet het beroep in cassatie wordt aangebracht en behandeld op de wijze bij de artt. 4, 6 en 8 bepaald; dat mitsdien van het ingesteld beroep in cassatie en den tijd voor de behandeling daarvan bepaald moet worden kennis gegeven bij deurwaardersexploot *aan den procureur die het verzoek tot failliet-verklaring heeft ingediend*, dus aan den procureur die heeft ingediend het verzoekschrift van art. 4 der Faillissementswet; dat echter in *casu* niet aan dezen Procureur de door de wet gewilde kennisgeving is beteekend, maar aan *den procureur die het verzoekschrift heeft ingediend waarbij de gerequireerde van*

cassatie in hooger is gekomen van het vonnis der Rechtbank, waarbij zijn verzoek tot faillietverklaring werd afgewezen en dus aan het voorschrift van het 2e lid van art. 12 niet is voldaan, terwijl de requiranten van cassatie zich niet op de verschijning in raadkamer van des gerequireerdes raadsman kunnen beroepen om de exceptie als gedekt te doen beschouwen, vermits die exceptie niet is gegrond op eene onregelmatigheid of nietigheid in het exploot van kennisgeving, maar daarop dat de kennisgeving, *die de wet voorschrijft*, niet heeft plaats gehad, zoodat de opgeworpen exceptie gegrond is.

En ten aanzien van de voorgestelde middelen:

Overwegende met betrekking tot het eerste middel, dat wel is waar, in het aangevallen arrest niet met zoovele woorden gezegd wordt dat de nu requiranten verkeeren in den toestand van te hebben opgehouden te betalen, maar het toch de ondubbelzinnige bedoeling is van het Hof te beslissen, dat die toestand bestaat, zooals met veel juistheid in het antidotaal request wordt aangetoond en dus hier niet nog eens behoeft te worden aangewezen, terwijl indien dat de bedoeling is van het Hof, in cassatie niet kan worden volgehouden dat die toestand niet bestaat, nademaal de beslissing van den rechter daaromtrent is feitelijk.

Overwegende met betrekking tot het tweede middel, dat indien, wat niet twijfelachtig schijnt, het Hof heeft uitgemaakt, dat de handelsvennootschap onder de firma v. M. en M. verkeert in den toestand van te hebben opgehouden te betalen het noodzakelijk gevolg daarvan is dat nu ook vaststaat, dat de vennoot v. M. in dien toestand verkeert en zulks omdat, zooals bij 'sRaads arrest van 23 Dec. 1892 (R. Dl. 162 § 65) werd uitgemaakt, de vennootschap onder

firma niet is een op zich zelfstaande, van de vennooten afgescheiden, rechtspersoon, maar de firma is de naam waaronder de vennooten handeldrijven, en ophouding van betaling der vennootschap onder firma dus is ophouding van betaling der onder gemeenschappelijken naam handeldrijvende vennooten, zoodat in de faillietverklaring der vennootschap die der vennooten ligt opgesloten, en de in deze nog eens afzonderlijk uitgesproken faillietverklaring van den vennoot v. M., wel niet schaadt, maar toch overbodig was.

Overwegende, dat dus, ook al ware het beroep ontvankelijk, de voorgestelde middelen niet tot cassatie zouden kunnen leiden.

Concludeert tot niet-ontvankelijk verklaring van het beroep, subsidiair tot verwerping daarvan.

Parket, 18 Febr. 1901.

Arrest H. R. van 15 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Gezien het verzoekschrift van 1°. de vennootschap onder de firma v. M. en M. gevestigd te Wenum onder Apeldoorn, en 2° N. P. Ch. v. M. te Apeldoorn, beiden vertegenwoordigd door den Advocaat Jhr. Mr. W. Th. C. v. D. te 's-Gravenhage, bij welk request de verzoekers zich voorzien in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van den 30en Januari 1901, bij hetwelk zij in hooger beroep zijn verklaard in staat van faillissement, en zulks met vernietiging van een vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Zutphen van 17 Januari 1901, waarbij het verzoek van E. B., koopman te Brussel, tot faillietverklaring van de requestranten was gewezen van de hand;

Gezien het tegenverzoekschrift van E. B. voornoemd, vertegenwoordigd door den Advocaat Mr. J. H. T. te 's-Gravenhage;

Gehoord ter raadkamer zoowel de requestranten als den gerequestreerde bij monde van hunne vertegenwoordigers;

Gezien de conclusie van den Procureur-Generaal, strekkende tot niet ontvankelijk verklaring van het beroep, subsidiair tot verwerping daarvan;

Gezien de wederzijds overgelegde stukken;

Overwegende, dat door de requestranten als middelen van cassatie zijn voorgesteld:

1o Schending, immers verkeerde toepassing, der artt. 1 en 6 der Faillissementswet; en

2o door den requestrant sub 2o bovendien wat betreft de tegen hem uitgesproken faillietverklaring:

Schending, immers verkeerde toepassing, der artt. 1 en 6 der Faillissementswet, der artt. 1314, 1315, 1319 van het Burgerlijk Wetboek en van art. 18 van het Wetboek van Koophandel;

Overwegende, dat door den gerequestreerde de voorziening in cassatie in de eerste plaats is bestreden met een middel van niet-ontvankelijkheid, hierin bestaande, dat de kennisgeving van het ingesteld beroep in cassatie tegen het thans bestreden arrest niet overeenkomstig het vierde lid van art. 8 in verband met het tweede lid van art. 12 der Faillissementswet is beteekend aan den procureur die het verzoek tot faillietverklaring heeft ingediend, maar aan den procureur die in hooger beroep het verzoekschrift bij het Gerechtshof indiende;

Overwegende dienaangaande:

dat werkelijk uit het overgelegd exploot van den deurwaarder J. F. G. M. te Arnhem van 9 Februari 1901 blijkt, dat aan Mr. J. W. A. v. E. procureur bij het Gerechtshof te Arnhem de hier voorbedoelde kennisgeving is gedaan, terwijl uit eene expeditie van

het vonnis der Rechtbank te Zutphen blijkt, dat het verzoek tot faillietverklaring bij die Rechtbank was ingediend door den procureur Mr. J. B. S. aldaar;

Overwegende, dat hierdoor is gehandeld in strijd met het uitdrukkelijk voorschrift van het vierde lid van art. 8 in verband met art. 12 der Faillissementswet, waarvan het gevolg is, dat de in strijd met de wet gedane kennisgeving als nietig en van onwaarde moet worden beschouwd;

dat hieruit evenwel nog niet tevens volgt, dat in deze zaak het beroep in cassatie moet worden niet-ontvankelijk verklaard;

dat toch door het gepleegd verzuim de gerequestreerde in geen enkel opzicht benadeeld is, daar hij niet alleen ter raadkamer van den Hoogen Raad op dag en uur voor die comparitie bepaald, is verschenen en zijne belangen mondeling heeft doen toelichten, maar ook in staat is geweest om door het tijdig indienen van eene tegenverzoekschrift, het beroep in cassatie te bestrijden;

dat hieruit blijkt, dat al was de beteekening der kennisgeving informeel geschied, het doel van het voorschrift van art. 8 alinea 4 der Faillissementswet, namelijk: dat de gerequestreerde van het beroep in cassatie niet onkundig zou blijven, niettemin was bereikt, zoodat de gerequestreerde elk rechtmatig belang miste om zich op de begane informaliteit te beroepen, en, in overeenstemming met het beginsel door de wet zelve in art. 94 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering erkend, die informaliteit als gedekt mag worden beschouwd;

dat derhalve het voorgestelde middel van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Overwegende als nu ten aanzien van het eerste middel van cassatie:

dat de requestranten daarbij in hoofdzaak beweren, dat de aangehaalde wetsartikelen zouden zijn geschonden, omdat bij het bestreden arrest niet is beslist, dat de requestranten in den toestand verkeerden, dat zij hadden opgehouden te betalen;

Overwegende, dat het Hof heeft beslist, dat de requestreerende vennootschap als koopman een geaccepteerden wisselbrief niet had betaald, en dat hierin reeds het volledig bewijs was gelegen, dat de koopman ophoudt aan de op hem rustende finantieele verplichtingen te voldoen, nu niet van een gegronde reden was gebleken om het accept niet te voldoen;

dat voorts het bedrijf van de vennootschap reeds eenigen tijd gedeeltelijk was gestaakt, en dat de firmant M. in staat van faillissement verkeerde, waarom het Hof van oordeel is, dat uit de omstandigheden, welke in deze de niet betaling van het accept vergezellen, volgt, dat een concursus creditorum te duchten is, terwijl ten overvloede nog wordt overwogen, dat op de fabriek der vennootschap hypothecaire schulden rusten;

dat nu wel het Hof op grond dier feiten en omstanheden niet uitdrukkelijk met zoovele woorden heeft uitgesproken, dat de vennootschap en hare vennoot v. M. in een *toestand* verkeerden, dat zij hadden opgehouden te betalen, doch dat het bezigen van diezelfde woorden ook niet gevorderd wordt, als maar uit de feitelijke beslissing van den rechter blijkt, dat het diens onmiskenbare bedoeling is om te beslissen, dat die toestand aanwezig was;

Overwegende, dat daarvan uit het bestreden arrest voldoende blijkt, en dat mitsdien het eerste middel is ongegrond;

Overwegende met betrekking tot het tweede middel:

dat daarbij wordt opgekomen tegen 's Hofs beslissing, dat de faillietverklaring eener vennootschap onder eene firma de faillietverklaring met zich brengt van de hoofdelijk voor het geheel aansprakelijke vennooten, en dus ook in deze van den vennoot v. M.;

dat echter ook dit middel niet kan opgaan, omdat de vennootschap onder firma niet is een op zich zelfstaande van de vennooten afgescheiden rechtspersoon, maar alleen de naam waaronder door de vennooten handel gedreven wordt, en de toestand van ophouden met betalen der vennootschap onder firma dus ook medebrengt, dat de onder die gemeenschappelijken naam handeldrijvende vennooten in dienzelfden toestand verkeeren, zoodat in de faillietverklaring van de vennootschap die der vennooten ligt opgesloten;

Overwegende, dat mitsdien de beide middelen zijn ongegrond;

Verklaart het ingesteld beroep in cassatie ontvankelijk;

Verwerpt dat beroep.

§ 61.

FAILLISSEMENT. — HOOGER BEROEP OP HET VERZOEK DER VROUW, TEGEN HARE FAILLIETVERKLARING MET MACHTIGING VAN HAAR MAN.

Het middel van cassatie, gegrond op de stelling, dat de gehuwde vrouw niet in hooger beroep kan komen tegen hare faillietverklaring zonder bijstand of machtiging van haar man, stuit af op 's Hofs feitelijke beslissing, dat hier in hooger beroep is recht gedaan op het verzoek der vrouw met machtiging van haar man.

Request:

Aan den H. R. der Ned.

Geeft eerbiedig te kennen:

De handelsvennootschap onder de firma Gebrs. D. kooplieden, gevestigd te Nijmegen, ten deze domicilie kiezende ten kantore van den Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden, Mr. D. S. v. E. te 's-Gravenhage aan de Spuistraat nº 7.

Dat P. J. M., huisvrouw van D. K., koopvrouw, wonende te 's-Gravenhage, bij vonnis der ArrondissementsRechtbank te 's-Gravenhage van den elfden Januari negentienhonderd een op het daartoe door requestrante ingediende request is veklaard in staat van faillissement;

Dat gerequestreerde van dat vonnis bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage in hooger beroep is gekomen;

Dat bij arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van den dertienden Februari negentienhonderd een de gerequestreerde in haar ingesteld hooger beroep is verklaard ontvankelijk en het voormelde vonnis der Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage van den elfden Januari negentienhonderd een, waarbij de gerequestreerde, P. J. M., huisvrouw van D. K., openbare koopvrouw te 's-Gravenhage, aldaar handelende onder den naam of de firma P. M., in staat van faillissement is verklaard, is vernietigd.

Dat requestrante tegen voormeld arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van den dertienden februari negentienhonderd een, bij deze zich voorziet in cassatie en daartegen aanvoert als middel van cassatie:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 165 Van het Burgerlijk Wetb., 8 jctº 3 der wet van 30 Sept. 1893 (Stbl. nº. 140) op het faillissement en

de surseance van betaling, doordien het Hof beslist, dat de door requestrante van cassatie voorgestelde niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep onjuist is ;

Dat requestrante hare exceptie van niet-ontvankelijkheid hierop grondde, dat het verzoekschrift aan het Hof, waarbij de gerequestreerde tegen hare failliet-verklaring in hooger beroep kwam, door haar was ingediend zonder bijstand of machtiging van haar echtgenoot, althans diens bijstand en machtiging uit dat verzoekschrift niet bleek ;

Dat 's Hofs overweging dat bij het faillissement de rechten en plichten die de wet aan den gefailleerde toekent en oplegt de vrouw mede persoonlijk volgen, zoodat het samenstel der bepalingen omtrent faillissement ten deze eene uitzondering schept op den burgerrechtelijken regel van bijstand en vertegenwoordiging door den echtgenoot naar requestrant's eerbiedige meening is onjuist en geen steun vindt in de wet;

Dat, waar het Burgerlijk Wetboek den bijstand van den echtgenoot vordert, ook voor de gehuwde openbare koopvrouw, dat is de vrouw die zelfstandig zaken drijft, er geen enkele reden is om aan te nemen dat de bepalingen van de faillissementswet hier eene uitzondering zouden veroorloven, die trouwens in die wet niet te lezen is ;

Dat 's Hofs verdere overweging dat door de bij de verschijning voor het Hof overgelegde machtiging van den echtgenoot de goedkeuring om in hooger beroep te komen bewijst, ten deze weinig afdoet, omdat waar het hooger beroep binnen acht dagen na de uitspraak van het faillissement moet worden ingesteld ook binnen dien tijd, tegelijk bij de handeling waaruit van het hooger beroep blijken kan, van die machtiging moet blijken;

Dat het later overleggen van eene volmacht het gebrek van het verzoekschrift niet kan goedmaken.

Redenen waarom requestrante zich wendt tot Uwen Raad met het eerbiedig verzoek dat hem moge behagen het arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage van den 13 Febr. 1901, waartegen deze voorziening in cassatie is gericht te vernietigen, met zoodanige verdere regeling dezer zaak als de Hooge Raad zal geraden achten.

's Gravenhage, 20 Febr. 1901.

Het welk doende enz.
(Get.) D. S. v. E.
Advocaat.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

De Proc.-Gen.,

Overwegende, dat het aangevoerde cassatiemiddel in de eerste plaats betrekking heeft op de beslissing van het Hof dat de gehuwde vrouw wegens het samenstel der bepalingen omtrent faillissement niet onderworpen is aan den regel van art. 168 van het Burg. Wetb., waar het haar eigen faillissement betreft, omdat zij, die als openbare koopvrouw zelfstandig een beroep of bedrijf uitoefent, persoonlijk wordt failliet verklaard, de Rechtbank het hier behandelde faillissement heef uitgesproken na haar bij eigen gemachtigde gehoord te hebben, en de rechten en verplichtingen die de wet aan den gefailleerde toekent en oplegt de vrouw mede persoonlijk volgen;

dat een en ander de gegevene beslissing niet kan goedmaken;

dat toch het vereischte van bijstand juist is gesteld voor de gevallen waarin met uitzondering op den regel dat de man als hoofd der echtvereeniging voor

de vrouw handelt, zij persoonlijk optreedt, waarin dus rechten en verplichtingen haar persoonlijk volgen, zoodat de faillissementswet, die trouwens ook mogelijk maakt faillissement van de vrouw die eigen vermogen heeft, daaromtrent geenen anderen toestand heeft geschapen;

dat het verschijnen in persoon of bij gemachtigde ten fine van verhoor op eene aanvrage om faillietverklaring in deze geene beteekenis heeft aangezien dit niet kan genoemd worden in rechten verschijnen d.i. tot eene gerechtelijke handeling optreden.

dat naar aanleiding van het cassatiemiddel in de tweede plaats zou moeten beantwoord worden de vraag of blijken moet van het verleenen van bijstand aan de vrouw op het oogenblik waarop zij in rechten verschijnt, ware het niet dat blijkens de feitelijke beslissing van het Hof eene machtiging is overgelegd waaruit ten volle van des echtgenoots goedkeuring om in hooger beroep te komen blijkt;

dat met die beslissing toch niet anders gezegd is dan dat eene voorafgaande goedkeuring van het in te stellen appel („goedkeuring om in hooger beroep te komen"), niet eene latere goedkeuring van het reeds ingestelde beroep is gegeven;

dat op deze feitelijke beslissing het beroep afstuit;

Concludeert tot verwerping van het beroep.

Arrest van den H. R. van 15 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Recht doende op het verzoekschrift van de handelsvennootschap onder de firma Gebr. D., kooplieden, gevestigd te Nijmegen, ten deze domicilie gekozen hebbende ten kantore van den Advocaat bij den Hoogen Raad der Ned. Mr. D. S. v. E. te 's-Gravenhage,

eischeres van cassatie tegen een arrest, door het Gerechtshof te 's Gravenhage op 13 Febr. 1901 in hooger beroep gewezen, waarbij is vernietigd het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage van 11 Jan. 1901, bij hetwelk P. J. M., huisvrouw van D. K., koopvrouw, wonende te 's- Gravenhage op verzoek van de eischeres is verklaard in staat van faillissement;

Gelet op de toelichting van het verzoek door den Advocaat van de verzoekster in cassatie, alsmede de bestrijding daarvan door den advocaat van de tegenpartij, in raadkamer van den Hoogen Raad;

Gezien de stukken;

Gezien de conclusie van den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., strekkende tot verwerping van het beroep;

Overwegende, dat tegen het beklaagde arrest, waarbij op het hooger beroep der genoemde vrouw de bovengemelde vernietiging van het vonnis harer faillietverklaring werd uitgesproken, is aangevoerd schending en verkeerde toepassing van art. 165 van het B. W. en art. 8 in verband met art. 3 der wet van 30 Sept. 1893 (Stbl. nº. 140) op het faillissement en de surseance van betaling, doordien het Hof besliste, dat de door requestrante van cassatie voorgestelde niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep, — hierop gegrond, dat het verzoekschrift in hooger beroep door haar was ingediend zonder bijstand of machtiging van haren echtgenoot, althans van diens bijstand en machtiging uit dat verzoekschrift niet bleek, onjuist is;

Overwegende, dat deze aldus in hooger beroep voorgedragen niet-ontvankelijkheid in het beklaagde arrest onjuist is geoordeeld;

„1º. omdat de gehuwde vrouw, die zelfstandig een „beroep of bedrijf uitoefent, persoonlijk wordt failliet

„verklaard en de Rechtbank het faillissement der verzoekster dan ook heeft uitgesproken, na haar bij „eigen gemachtigde gehoord te hebben, bij hoedanig „faillissement de rechten en plichten, welke de wet „aan den gefailleerde toekent en oplegt, de vrouw „mede persoonlijk volgen, zoodat het samenstel der „bepalingen omtrent faillissement ten deze eene uitzondering schept op den burgerrechtelijken regel van „bijstand of vertegenwoordiging door den echtgenoot,

„2o. omdat bij de verschijning (van partijen) voor „het Hof eene machtiging van den echtgenoot is „overgelegd, waaruit ten volle van zijne goedkeuring „om in hooger beroep te komen is gebleken";

Overwegende wat er zij van 's Hofs oordeel dat het samenstel der bepalingen van de Faillissementswet eene uitzondering zou maken op den burgerrechtelijken regel van bijstand van den man, zooals die geregeld is in art. 165 in verband met de artt. 167, 168, 169 en 171 van het B. W., het middel ongegrond is, omdat het geval, dat in hooger beroep recht zou zijn gedaan op het verzoek van eene gehuwde vrouw zonder bijstand van haren man hier niet bestaat, vermits volgens 's Hofs beslissing in hooger beroep is recht gedaan op het verzoek der vrouw met machtiging van haren man;

Verwerpt het beroep.

§ 62.

OPENLEGGING VAN BOEKEN. — ART. 12 W. V. K. — SPLITSING EENER BEKENTENIS (NIET).

Als de rechter geen gebruik maakt van de hem bij art. 12 W. v. K. gegeven bevoegdheid, kan dat art. alleen dan zijn geschonden, als dit geschiedt op grond

van met de wet strijdende rechtsbeschouwingen.

Waar eene bekentenis in het algemeen niet mag worden gesplitst ten nadeele van hem, die haar heeft afgelegd, mogen ook de daarmede overeenstemmende antwoorden, bij een verhoor op vraagpunten gegeven, niet ten zijne nadeele worden gesplitst.

Conclusie van den Adv.-Gen. Gregory:

In deze is als cassatiemiddel voorgesteld: „Schending of verkeerde toepassing van de artt. 1939 en 1961 B. W. in verband met de artt. 1902, 1903, 1904, 1905, 1907, 1356, 1358, 1364, 1374 en 1485 B. W. en met de artt. 1, 246, 247, 251, 257 en 258 Wetboek van Koophandel en art. 353 Wetb. v. Burg. Rechtsvord. (oud), en dientengevolge schending door onthouding van toepassing van art. 12 Wetb. van Koophandel, door bij de beoordeeling der vraag, of het voor toewijzing van het gedaan verzoek tot openlegging der boeken noodige begin van bewijs door geschrift is geleverd, het ten dien einde overgelegde bewijsstuk niet enkel te toetsen aan het in art. 1939, 2e lid van het Burg. Wetb. geformuleerde vereischte, dat het de daadzaak, waarop de verzoeker zich beroept, waarschijnlijk maakt, maar ook aan de vraag, of dat stuk ook de verwering ontzenuwt, welke laatst genoemde vraag zeker in dit stadium van het geding, waar het slechts de vraag geldt, of de verzoekster wettig bevoegd is, eenig door de wet bij aanwezigheid van begin van bewijs door geschrifte, toegelaten bewijsmiddel te gebruiken bij de zelfstandige opbouwing van het door haar te leveren bewijs, buiten aanmerking had moeten blijven en de verzoekster bezwaart met bewijslast, welke volgens, de wettelijke verdeeling daarvan niet op haar, maar even-

tueel op de wederpartij moet rusten, wanneer deze, na door verzoekster geleverd zelfstandig bewijs der overeenkomst, hare nietigheid door den rechter wenscht uitgesproken te zien".

Niet in het bezit van eene polis, heeft de eischende maatschappij, ingevolge artt. 258 W. v. K., getracht langs een anderen weg aan bewijs te komen, nl. door verhoor op vraagpunten en verzoek tot openlegging der boeken door hare wederpartij. Het verhoor op vraagpunten had plaats, maar bij het bestreden arrest verklaarde het Hof geen termen te kunnen vinden om de openlegging der boeken van den 1e verweerderesse te bevelen.

Blijkens de mondelinge toelichting, heeft de eischeresse eigenlijk geen bezwaar tegen die *beslissing zelve*, maar alleen tegen hare *motieven*. Doch wanneer de *beslissing zelve* juist is, is cassatie alleen tegen de *motieven* niet toegelaten. Slechts dan wanneer de onjuiste beslissing op onjuiste gronden berust, kan er sprake van cassatie zijn. Cff. 's Hoogen Raads arresten van 28 Maart 1890 (NRspr. 154 § 40) en 13 April 1894 (Ibid. 166 § 49). Ja zelfs, wanneer de beslissing rust op twee gronden, waarvan er één juist en één onjuist is, ook dan nog is de cassatie uitgesloten, daar alsdan de beslissing reeds door den *juisten* grond wordt gerechtvaardigd. Men zie 's Raads arrest van 11 April 1895 (Ibid. 169 § 42). Dit laatste nu is hier het geval. Want in de 3e overweging in jure verklaart het Hof: „dat uit deze antwoorden naar 's Hofs oordeel, *noch het bewijs*, *noch een begin van bewijs bij geschrifte* voor het sluiten van de door appellante gestelde, door de 1e geintimeerde ontkende, verzekering voortvloeit". Eene *feitelijke* beslissing alzoo, die 'sHofs uitspraak dat het geen termen kon vinden om de

gevraagde openlegging der boeken, te bevelen volkomen rechtvaardigt.

Maar niet alleen is de zooeven vermelde *grond*, waarop de beslissing rust, juist, ook zij *zelve* is juist. Immers de bevoegdheid, aan den rechter in art. 12 W. v. K. gegeven, is eene geheel *discretiónnaire.* M. a. w. de rechter kan de openlegging der boeken *bevelen* maar hij kan die ook *weigeren.* En de gronden zijner beslissing ten dien aanzien liggen niet ter beoordeeling van den *cassatierechter*. Zoo leerde ook de Hooge Raad in zijn arrest van 10 April 1891 (NRspr. 157 § 32) en, bij eene zaak, die groote overeenkomst heeft met de tegenwoordige, in dat van 30 December 1898 (Ibid. 180 § 58).

Ik houd derhalve het middel voor ongegrond, zoodat ik de eer heb te concludeeren tot verwerping van de voorziening, met veroordeeling van de eischeresse in de kosten.

Arrest H. R. van 15 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc-Gen,. in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het den 2en Maart 1900 tusschen partijen gewezen incidenteel arrest van het Gerechtshof te Amsterdam als middel van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de artt. 1939 en 1961 van het B. W., in verband met de artt. 1902, 1903, 1904, 1905, 1907, 1356, 1358, 1364, 1374 en 1485 van het B. W. en met de artt. 1, 246, 247, 251, 257 en 258 van het W. v. K. en art. 353 van het W. v. B. Rv. (oud) en

dientengevolge schending door onthouding van toepassing van art. 12 van het W. v. K., door bij de beoordeeling der vraag of het voor toewijzing van het gedaan verzoek tot openlegging der boeken noodige begin van bewijs door geschrift is geleverd, het te dien einde overgelegde bewijsstuk niet enkel te toetsen aan het in art. 1939, tweede lid, van het B. W. geformuleerde vereischte, dat het de daadzaak waarop de verzoeker zich beroept, waarschijnlijk maakt, maar ook aan de vraag of dat stuk ook de verwering ontzenuwt, welke laatstgenoemde vraag zeker in dit stadium van het geding, waar het slechts de vraag geldt, of de verzoekster wettig bevoegd is, eenig door de wet bij aanwezigheid van begin van bewijs door geschrifte toegelaten bewijsmiddel te gebruiken bij de zelfstandige opbouwing van het door haar te leveren bewijs buiten aanmerking had moeten blijven, en de verzoekster bezwaart met bewijslast, welke volgens de wettelijke verdeeling daarvan niet op haar maar eventueel op de wederpartij moet rusten, wanneer deze na door verzoekster geleverd zelfstandig bewijs der overeenkomst hare nietigheid door den rechter wenscht uitgesproken te zien;

O., dat de eischeres, nadat in dit geding het ten haren verzoeke bij arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 9 April 1897 bevolen verhoor op vraagpunten van de verweerderes had plaats gehad, bij incidenteele vordering heeft gevraagd openlegging der boeken van de verweerderes overeenkomstig art. 12 van het W. v. K. en deze vordering bij het bestreden arrest is ontzegd;

dat in genoemd art. aan den rechter niet de verplichting is opgelegd, maar enkel de bevoegdheid is gegeven om, ingeval eene der partijen openlegging der

boeken verzoekt, zulks te bevelen zoodat, wanneer het Hof van die bevoegdheid geen gebruik maakt, dat artikel alleen, als dit geschiedt op grond van met de wet strijdige rechtsbeschouwingen, kan zijn geschonden, wat ten deze het geval niet is;

dat Hof het verzoek niet heeft ingewilligd omdat, in strijd met hetgeen ter ondersteuning daarvan met het oog op art. 258 van het W. v. K. was aangevoerd, uit de door eischeres aangehaalde antwoorden noch het bewijs noch een begin van bewijs bij geschrift voor het sluiten van de door haar gestelde, door verweerderes ontkende, verzekering voortvloeit, te minder wanneer die antwoorden in verband gebracht worden met eene, in het arrest opgenomene, verklaring door den directeur der verweerderes bij hetzelfde verhoor afgelegd, die volkomen overeenstemt met der verweerderes in eersten aanleg, onder protest tegen splitsing van hare bekentenis, gevoerd verweer, dat het door haar verzekerde een ander risico was dan door eischeres gesteld, met welk verweer de antwoorden der verweerderes, waarop de eischeres zich beroept, niet in tegenspraak zijn en geheel kunnen samengaan;

dat de verwering, waarvan het Hof hier spreekt is de ontkentenis door verweerderes van de door eischeres gestelde verzekering, niet een beroep op de nietigheid, volgens art. 251 van het W. v. K., van eene geslotene verzekering, terwijl voorts door de aan 's Hofs overweging ten grondslag liggende rechtsbeschouwing, dat, waar eene bekentenis in het algemeen niet mag gesplitst worden ten nadeele van dengene, die dezelve heeft afgelegd, ook de daarmede overeenstemmende antwoorden, bij een verhoor op vraagpunten gegeven, niet mogen worden gesplitst ten zijnen nadeele, het beginsel van art. 1961 van het B. W

met juistheid is toegepast, en dit artikel evenmin als een der overige aangehaalde artikelen kan zijn geschonden, en dat alzoo het middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischeres in de kosten daarop gevallen.

§ 63.

UITOEFENING VAN DE GENEESKUNST (ONBEVOEGDHEID TOT DE). — GENEESKUNDIGE RAAD. — ART. 1 DER WET VAN 1 JUNI 1865 (STBL. N°. 60).

Door de bepalingen van art. 4 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. No. 60) omtrent het viseeren der akten van bevoegdheid wordt geen inbreuk gemaakt op de gewone voorschriften over het bewijs in strafzaken.

Onder de woorden „geneeskundigen raad" in artikel 1 der gemelde wet valt elke raad, die de strekking of de voorgewende strekking heeft om genezing van eene ziekte of kwaal te bevorderén.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Drie middelen van cassatie zijn bij pleidooi aan uw oordeel onderworpen.

Het eerste daarvan heet: Schending, althans verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 Wetb. van Strafv., doordat het vonnis niet voldoende omkleed is met redenen en met name daarin niet wordt ontwikkeld, waarom de door en namens requirant voorgedragen verdediging „dat er in casu geen sprake is geweest „van eenige geneeskundige behandeling" geheel ter zijde is gesteld.

Tot staving van dit middel deed de raadsman van de requirante allereerst een beroep op uw arrest van 19 Dec. 1898, W. 7219.

Het komt mij voor ten onrechte.

De gevallen staan geenszins gelijk.

Dáár gold het een kastelein, die erkennende, dat hij iemand na bezetten tijd in zijne herberg had toegelaten, zich ter zijner verdediging er op had beroepen, dat de toegelatene behoorde tot eene der categoriën van personen die hij krachtens de bij de verordening gemaakte uitzonderingen mocht toelaten.

Van iets dergelijks is hier de rede niet.

Dat er eene categorie van personen zou bestaan, aan wie door daartoe onbevoegden geneeskundigen raad zou mogen worden verstrekt, en dat in casu de persoon, die van requirante raad heeft ontvangen tot die categorie behoort, is door, noch namens de requirante beweerd, niettemin zou alleen in dat geval m. i. met recht en beroep op het aangehaalde arrest kunnen gedaan worden.

Dit arrest verder buiten beschouwing latende, is alleen de vraag te beantwoorden, of uit het voorschrift van art. 221 Strafvord. volgt, dat de rechter gehouden is, bij het uitspreken van eene veroordeeling tevens in het vonnis rekenschap te geven van de motieven, die hem aanleiding gaven, de door den beklaagde gevoerde verdediging ter zijde te stellen.

Uw Raad heeft die vraag meermalen behandeld en bij eene reeks van arresten ontkennend beantwoord, ik herinner alleen aan uwe jongste beslissingen en wel aan de arresten van 26 Maart 1900, W. 7421 en van 24 Dec. 1900, W. 7543, waarbij uitdrukkelijk is beslist, dat waar in het bewezen verklaarde tevens de wederlegging ligt opgesloten van de door beklaagde gevoerde verdediging eene afzonderlijke uitspraak daarover niet wordt gevorderd.

Zoo ooit, is dit in casu het geval, waar in de

beslissing van den rechter, dat requirante, gelijk haar bij dagvaarding is ten laste gelegd, geneeskundigen raad heeft verleend, ontegenzeggelijk ligt opgesloten, dat de rechter het beweren van beklaagde, dat de gegeven raad niet van geneeskundigen aard was, verwerpt.

Mij aan deze jurisprudentie gedragende acht ik het eerste middel ongegrond.

Het tweede middel luidt: Schending, althans verkeerde toepassing van art. 436 Strafr. jcto art. 4 der wet van 1 Juni 1865 Stbl.. 60, doordat de rechter de onbevoegdheid van requirante tot uitoefening der geneeskunde aanneemt, hoewel geene verklaring is overgelegd van den Inspecteur voor het geneeskundig Staatstoezicht ten blijke, dat de beklaagde geene bevoegdheid bezit tot uitoefening der geneeskunde.

Ook dit middel acht ik ongegrond.

Art. 4 der wet van 1 Juni 1865, Stbl. 60 legt aan de tot uitoefening der geneeskunst bevoegde personen de verplichting op het bewijs hunner bevoegdheid door den Inspecteur te laten viseeren, doch behelst geenerlei voorschrift voor de tot die uitoefening onbevoegden. Het mist hier, waar niemand beweert, dat de requirante eenig radicaal tot uitoefening der geneeskunst bezit, alle toepassing.

Het middel steunt m. i. op eene verwarring van bekentenis van schuld en erkentenis van een feit.

De bekentenis van schuld, waarover art. 403 Strafv. handelt, is het voor den rechter belijden, dat men een als strafbaar ten laste gelegd feit metterdaad heeft gepleegd.

Zoodanige bekentenis moet volgens art. 403 Strafv., om als bewijs aangenomen te kunnen worden, altijd aliunde worden gestaafd.

Doch die eisch wordt niet gesteld van het door

beklaagde als waar erkennen van een feit, dat op zich zelf geen misdrijf is, zoodanige erkentenis mag krachtens art. 407 n_o 4 tot het bewijs medewerken, ook al wordt ze van elders niet nader gestaafd.

De volmondige erkentenis van requirante, dat zij uit geenerlei hoofde bevoegd is tot uitoefening der geneeskunst mocht dus in casu door den rechter als voldoend bewijs voor het feit aangenomen worden.

Het derde middel eindelijk heet: Schending van art. 436 Strafr. jct°. 1 der wet van 1 Juni 1865, Stbl. 60.

Volgens pleiter zouden de bewezen feiten niet vallen binnen de grenzen van het begrip van uitoefening der geneeskunst.

Hij beriep zich daartoe op uw arrest van 30 Nov. 1885, W. 5244.

Ik kan echter de conclusie, die hij uit dat arrest trekt, niet beamen, integendeel komt het mij voor, dat dit arrest veeleer pleit voor de juistheid der bij het aangevallen vonnis gegeven beslissing.

Mitsdien heb ik de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 18 Maart 1901:

De H. R. der Nederlanden,

Op het beroep van A. M. de R., weduwe van C. B., oud 46 jaren, van beroep planeetkundige, geboren en wonende te Amsterdam, requirante van cassatie tegen een vonnis van de Arondissements-Rechtbank te Amsterdam, van den 23_{en} Nov. 1900, waarbij is bevestigd een vonnis van den Kantonrechter aldaar (vierde kanton) van den 16_{en} Augustus te voren, bij hetwelk zij is schuldig verklaard aan het: niet toegelaten tot de uitoefening van een beroep, waartoe de wet eene toelating vordert, buiten noodzaak dat beroep

uitoefenen, en te dier zake, met toepassing van art. 436 van het W. v. Sr., in verband met art. 1 en volgende der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. nº. 60) zooals die is gewijzigd bij de wetten van 23 April 1880 (Stbl. nº. 65) en 15 April 1886 (Stbl. nº. 64) en art. 23 van het W. v. Sr., is veroordeeld tot eene geldboete van zestig gulden, met vervangende hechtenis van dertig dagen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gelet op de middelen van cassatie, namens de requirante voorgesteld bij pleidooi;

I. Schending, althans verkeerde toepassing van art. 211, in verband met art. 221 van het W. v. Sv.;

II. Schending althans verkeerde toepassing van art. 436 van het W. v. Sr., in verband met art. 4 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. nº. 60) en art. 177 van het W. van Strafvordering.;

III. Schending van art. 436 van het W. v. Sr. in verband met art. 1 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. nº 60);

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat de requirante heeft terechtgestaan ter zake, dat zij, hoewel hier te lande niet toegelaten tot de uitoefening der geneeskunst, buiten noodzaak op 16 Juli 1900 in hare woning te Amsterdam geneeskundigen raad als bedrijf heeft verleend aan T. K. J. W. G, door aan dien persoon, na diens mededeeling, dat hij in den laatsten tijd dikwijls maagpijn had en geen eten kon binnenhouden, met het doel, — althans met het voorgewende doel, om — hem van die kwaal te genezen, een in de dagvaarding opgenomen raad heeft gegeven; voor het verstrekken van welken raad

zij van genoemden G. één gulden als belooning heeft gevorderd en ook ontvangen;

O., dat bij het bevestigde vonnis dit feit bewezen is verklaard door de bekentenis der beklaagde en de aanwijzingen daaruit voortvloeiende in onderling verband en samenhang beschouwd met de ter terechtzitting afgelegde verklaring van een getuige en de daaruit voortvloeiende aanwijzingen;

O., dat het eerste middel hierop steunt, dat door en namens de requirante ter verdediging was aangevoerd, dat hetgeen door haar gedaan was niet kon worden aangemerkt als eene geneeskundige behandeling, doch de rechter deze verdediging niet heeft onderzocht en de verwerping daarvan niet heeft gemotiveerd, waardoor de bij dit middel aangehaalde wetsartikelen geschonden zouden zijn;

O. hieromtrent, dat noch uit het bevestigde vonnis, noch uit het proces-verbaal van de in eersten aanleg gehouden terechtzitting van eenige door of namens de requirante bijgebrachte verdediging blijkt, doch dat, volgens het proces-verbaal der terechtzitting van de Rechtbank, de requirante in hooger beroep heeft betwist, dat de door haar gegeven raad zou zijn een geneeskundig advies;

dat de requirante zich dus niet heeft beroepen op eenige omstandigheid, die, niet in de dagvaarding vermeld, aan het telast gelegde feit de strafbaarheid zou ontnemen, maar alleen iets heeft ontkend, wat in de dagvaarding als een bestanddeel van de overtreding was vermeld; waaruit volgt, dat, nu bij het bevestigde vonnis al wat de dagvaarding inhoudt, — en dus ook dit bestanddeel, — door wettige bewijsmiddelen bewezen is verklaard, daarin ook de wederlegging van de tegenovergestelde bewering ligt opgesloten;

dat het middel derhalve zijn feitelijken grondslag mist;

O. ten aanzien van het tweede middel:

dat, volgens de toelichting, dit middel berust op de bewering, dat de eenige persoon, die gerechtigd is te beslissen of iemand al dan niet de geneeskunde mag uitoefenen, is de inspecteur van het geneeskundig Staatstoezicht in de provincie, zoodat, nu deze niet is gehoord en evenmin eene verklaring van hem ter terechtzitting is voorgelezen, de beslissing, dat de req. niet bevoegd is tot die uitoefening, niet op wettig bewijs berust;

dat deze bewering is ongegrond:

dat toch de bepalingen van art. 4 der geneeskundige wet, betreffende het viseeren van de akten van bevoegdheid, geen inbreuk maken op de voorschriften omtrent het bewijs, vervat in het W. v. Sv., en dat, met inachtneming van deze voorschriften, door wettige bewijsmiddelen, waaronder de bekentenis der requirante betreffende hare onbevoegdheid, bewezen is verklaard, dat zij hier te lande niet tot de uitoefening der geneeskunst is toegelaten;

O. wat betreft het derde middel:

dat tot ondersteuning daarvan is voorgedragen, dat onder „geneeskundigen raad" in art. 1 der geneeskundige wet moet worden verstaan zoodanigen raad, waarbij genezing van den leider wordt beoogd en van zoodanigen raad hier geen spraak kan zijn, omdat het daarbij aanbevolen middel niet tot genezing van eenige ziekte kan leiden;

O. dienaangaande, dat in het aangehaald art. 1 der geneeskundige wet niet wordt omschreven waarin de verleende raad moet bestaan hebben en daaronder dus valt elke raad, die de strekking— of de voorgewende strek-

king, — heeft om genezing van eene ziekte of kwaal te bevorderen;

dat deze ruime beteekenis ook strookt met de bedoeling van de wet, als, blijkens hare geschiedenis, gericht tegen de kwakzalverij die, wel verre van te worden tegengegaan, integendeel in de hand zou worden gewerkt, indien met de requirante moest worden aangenomen, dat de uitoefening der geneeskunde door daartoe onbevoegden straffeloos zou zijn, zoo dikwijls de verleende raad of bijstand niet doeltreffend is;

O., dat mitsdien ook dit middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 64.

ONTSLAG VAN RECHTSVERVOLGING (BEDEKT). — CASSATIE WEGENS VERZUIM OM TE BERAADSLAGEN.

De in deze zaak gegeven vrijspraak is een bedekt ontslag van rechtsvervolging, waartegen een gewoon beroep in cassatie openstaat.

Ambtshalve cassatie van het bestreden vonnis wegens verzuim om te beraadslagen en te beslissen over het al dan niet bewezene der feiten.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

De gerequireerde is bij vonnis van het Kantongerecht te 's Hertogenbosch dd. 20 December jl. schuldig verklaard aan de overtreding voorzien bij artikel 453 Strafr., doch tevens vrijgesproken van twee hem mede ten laste gelegde overtredingen der voorschriften van het Provinciaal Reglement dd. 17 Nov. 1898 op het houden van springstieren en de toekenning van bijdragen en premie ter bevordering van de verbetering van 't rundvee in Noordbrabant.

Tegen deze beslissing heeft de requirant zich te bekwamer tijd in cassatie voorzien, doch alleen voor zooveel betreft de gegeven vrijspraken, die naar zijne meening beide te beschouwen zijn als bedekte ontslagen van rechtsvervolging.

Requirant voert tot staving van deze beschouwing bij zijne memorie van cassatie aan, dat zoowel de beslissing, die de Kantonrechter gaf ten aanzien van de subsidiair onder I in de dagvaarding geformuleerde telastelegging, als die ten aanzien van het tweede punt van aanklacht geheel berusten op uitlegging van het betrokken reglement.

Ik acht deze beschouwing juist en de voorziening mitsdien ontvankelijk, voor zooveel ze betreft het tweede punt en de subsidiaire telastelegging geformuleerd onder het eerste punt der dagvaarding.

Terwijl de voorziening, gelijk de requirant bij zijne memorie ook erkent, niet ontvankelijk is, voor zooveel betreft de onder I geformuleerde principale telastelegging. Te dien aanzien berust immers de vrijspraak niet op wetsuitlegging, doch zuiver op het volstrekt onbewezene van het feitelijke positum, dat de gerequireerde eigenaar zou zijn van de in de dagvaarding bedoelde stieren.

Daarentegen berust de vrijspraak van den gerequireerde van het sub I subsidiair ten laste gelegde, niet op het ontbreken van een der voor veroordeeling noodige feitelijke gegevens, maar op de zuiver juridische overweging, dat de in artikel 1 van het reglement bedoelde verplichting tot het doen van aangifte alléén en uitsluitend is opgelegd aan de eigenaars en dat daarbij de voor dit reglement bij artikel 16 aan het woord „eigenaars" gegeven beteekenis niet zou gelden.

Evenzoo berust de vrijspraak van den gerequireerde van het tweede hem ten laste gelegde feit niet op het onbewezen zijn van eenig feitelijk bestanddeel van de overtreding, maar op den uitleg dien de Kantonrechter geeft aan het in artikel 10 gebezigde woord „stierenhouder", waaronder naar de interpretatie van den Kantonrechter alleen begrepen zou kunnen worden de exploitant van een stier.

Ten betooge dat aldús op wetsuitlegging gebouwde vrijspraken aan cassatie niet in den weg staan, beroept de requirant zich met recht op uwe arresten van 28 Nov. 1887, W. 5516, 22 Nov. 1888, W. 5563 en 4 April 1899, W. 7265.

Is de voorziening dus in zooverre ontvankelijk dan blijft te onderzoeken of de voorgestelde middelen aannemelijk zijn en tot cassatie kunnen leiden.

Als eerste middel wordt voorgesteld:

„Sch. door niet toep. van art. 1 van het Provin„ciaal Reglement van 17 Nov. 1898, Prov. Blad No. „2 door niet, althans door verkeerde toepassing, van „art. 16 van hetzelfde Reglement en door verkeerde „toepassing van de artt. 216 en 253 Strafv".

Het middel acht ik gegrond.

Art. 16 beheerscht het geheele reglement; daarbij wordt uitdrukkelijk bepaald, dat voor de toepassing van dit reglement als eigenaar van den stier wordt aangemerkt hij, bij wien de stier is opgestald of onder wiens beheer hij staat.

Onder dit licht bezien is er geen twijfel of de in art. 1 gebezigde uitdrukking „eigenaars" omvat ook de „beheerders".

De stelling van den Kantonrechter, dat de verplichting tot aangifte volgens het reglement niet rust op den beheerder kan ik daarom niet als juist aannemen.

De Kantonrechter had in casu moeten onderzoeken, of de gerequireerde inderdaad het beheer had over den bewusten stier en zoo ja! of hij dan aan zijne verplichting tot aangifte had voldaan.

Nu hij noch het een, noch het ander heeft gedaan, ontbreken U de elementen noodig voor eene rechtspraak ten principale en zal na vernietiging van het aangevallen vonnis deze zaak ter verdere berechting verwezen moeten worden naar de Arrondissements-Rechtbank te 's Hertogenbosch.

Het tweede middel luidt: Schending voor zooveel „het tweede punt van de aanklacht betreft, door niet „toepassing van art. 10 van het meergenoemde Pro„vinciale Reglement, door niet toepassing van dat „artikel en verkeerde toepassing van de artt. 216, „jct°. 253 Wetb. v. Strafv.".

Ook dit middel acht ik gegrond.

In geen enkel art. van het Prov. Reglement vind ik eenigen grond voor het beweren van den Kantonrechter, dat onder de uitdrukking „stierhouder" alleen mag verstaan worden hij, die den stier exploiteert. In de artt. 5 en 9 vind ik evenmin als in art. 10 eenige aanwijzing voor de bewering dat daarbij alleen te denken is aan hen, die uit het bezit van den stier voordeel genieten — daarentegen blijkt uit de artt. 1, 4, 9 en 13, dat de provinciale wetgever, waar hij het woord eigenaar bezigde, daarbij steeds gedachtig is geweest aan art. 16, waarbij de houder of beheerder voor de toepassing van het reglement geheel gelijk gesteld wordt met den eigenaar.

Mij overigens gedragende aan hetgeen door den requirant bij zijne memorie is aangevoerd, heb ik de eer te concludeeren:

dat het den Hoogen Raad moge behagen:

den requirant te verklaren niet ontvankelijk voor zooverre zijne voorziening ook is gericht tegen de vrijspraak van hetgeen aan den gerequireerde in de eerste plaats bij dagvaarding is ten laste gelegd.

Voorts het vonnis van den Kantonrechter te 's-Hertogenbosch te vernietigen wegens schending van de artt. 1, 16 en 10 van het reeds aangehaalde Reglement, en de zaak te verwijzen naar de Rechtbank te 's Hertogenbosch, ten einde voor zooveel betreft de feiten, waaromtrent de voorziening ontvankelijk is verklaard, opnieuw op de bestaande dagvaarding te worden berecht en afgedaan.

Arrest H. R. van 18 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Ambtenaar van het O. M. bij het Kantongerecht te 's-Hertogenbosch, requirant van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter aldaar van den 20en Dec. 1900, doch alleen voor zoover de gerequireerde G. H., oud 43 jaar, dienstknecht, geboren te Kessel en wonende te Boxtel, daarbij is vrijgesproken van hetgeen hem bij de dagvaarding onder I en II is ten laste gelegd;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gelet op de middelen van cassatie, door den requirant voorgesteld bij memorie:

I Voor zoover betreft het subsidiair sub I bij dagvaarding ten laste gelegde:

Schending door niet-toepassing van art. 1 van het Provinciaal Reglement op het houden van springstieren en de toekenning van bijdragen en premiën ter bevordering van de verbetering van 't rundvee in Noordbrabant van 17 Nov. 1898 (Prov. Blad 1899 No 2), door niet, althans

verkeerde toepassing van art. 16 van genoemd reglement en verkeerde toepassing van art. 216 in verband met art. 253 van het W. v. Sv.;

II. Voor zoover betreft het sub II ten laste gelegde: Schending door niet-toepassing van art. 10 van genoemd Reglement en verkeerde toepassing van art. 216 in verband met art. 253 van het W. v. Sv.

Gehoord den Adv.-Gen., JHR. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

O., dat bij de dagvaarding voor zoover zij ten gevolge van de beperking van het beroep in aanmerking komt, aan den gerequireerde is ten laste gelegd van

I. in de maand Mei 1900 of daaromtrent te Boxtel als eigenaar, althans beheerder van een stier van meer dan negen maanden oud, daarvan aan B. en W. dier gemeente, alwaar hij zijne woonplaats had, geen aangifte te hebben gedaan binnen 14 dagen nadat die stier, die toen hij negen maanden oud werd, in zijn (beklaagde's) bezit, althans beheer was, in de maand Mei 1900 of daaromtrent negen maanden oud was geworden;

II. op 8 Nov. 1900 te Boxtel op het landgoed Kinderbosch een niet goedgekeurden of niet toegelaten grooten zwartbonten stier, waarvan hij houder was, te hebben laten dienen, springen en rijen tot dekking van eene koe;

O., dat de vrijspraak berust op de navolgende gronden;

„dat aan den beklaagde is ten laste gelegd in de „eerste plaats als „eigenaar, althans beheerder" van „zekeren stier, niet gedaan te hebben wat voorgeschre-„ven is in art. 1 en in de tweede plaats, als „houder" „van een anderen stier gedaan te hebben wat met „straf bedreigd is bij art. 10 van het Regl. onder „nº. 2 voorkomende in het Prov. blad van Noordbrabant „van 1899;

„dat volgens art. 16 hiervan als eigenaar van een „stier wordt aangemerkt hij (1°) bij wien de stier is „opgestald of 2° onder wiens beheer hij staat;

„dat van het (feitelijke) eerste in de aanklacht niet „wordt gewaagd:

„dat (wat het tweede betreft) zoo de in gezegd art. „1 bedoelde aangifte behoort tot beheer, zij een ge„deelte hiervan is, dat uit zijnen aard rust op den „in gewonen zin eigenaar en in geen der bewijs„middelen in deze zaak iets voorkomt, waaruit zou volgen, dat de beklaagde eigenaar was in gewonen zin;

„dat evenzoo niet is bewezen, dat hij was stierhou„der in den kennelijken zin van voormeld art. 10, „nl. in dien van exploitant;

„dat, na het hiervoor overwogene, overweging om„trent het verdere van het bovenbedoelde ten laste „gelegde overbodig zou zijn";

O., dat uit het voorafgaande blijkt, dat, met uitzondering van de feitelijke beslissing, dat niet was bewezen, dat de beklaagde eigenaar was van de onder I bedoelden stier, de vrijspraak voor al het overige berust op de uitlegging van het genoemde Prov. Regl., waaruit volgt, dat in zoover de vrijspraak moet worden aangemerkt als een bedekt ontslag van rechtsvervolging, waartegen het beroep in cassatie ontvankelijk is;

O., wat betreft de gegrondheid van dat beroep ambtshalve:

dat de Kantonrechter door niet naar aanleiding van de dagvaarding en het onderzoek ter terechtzitting te beraadslagen en te beslissen over het al dan niet bewezene van de feiten, heeft geschonden de artt. 211 en 221 in verband met de artt. 223 en 253 van het W. v. Sv. en dat, vermits uit dezen hoofde het vonnis

moet worden vernietigd, de voorgestelde middelen niet kunnen worden onderzocht;

Gezien art. 347 van het W. van Sv.;

Verklaart het beroep niet-ontvankelijk voor zoover het is gericht tegen de beslissing omtrent hetgeen onder I primair is ten laste gelegd;

Vernietigt voor het overige het vonnis, door den Kantonrechter te 's-Hertogenbosch den 20en Dec. 1900 in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 106 der Wet op de R. O.:

Verwijst de zaak naar de Arr.-Rechtbank te 's Hertogenbosch, ten einde in zoover op de bestaande dagvaarding te worden berecht en afgedaan.

§ 65.

BUURWEG. — OPENBARE WEG.

Indien een buurweg geheel of gedeeltelijke openbare weg wordt, verliest hij in zoover zijn karakter van buurweg, en bekomt dit niet van zelf terug indien het karakter van openbaarheid weder wordt opgeheven.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Blijkens de 8ste overweging in jure van het aangevallen arrest staat feitelijk het volgende vast. Sinds verscheidene jaren heeft er ten zuiden van de perceelen, Kadastraal bekend onder Doornenburg sectie B. no 532, 534, 169, 183 en 692 (welk laatste perceel aan den eischer in cassatie behoort) en ten noorden van de perceelen 172, 564 en 182 een buurweg bestaan, geschikt om bereden te worden met kar en paard en tot uitweg dienende naar den openbaren weg, de Pannerdensche straat. Krachtens besluit van het bevoegd gezag is die openbare weg, welke juist ter

plaatse, waar de buurweg uitliep, eene kromming maakte, in het voorjaar van 1897, in zuidelijke richting door rechtmaking eenigszins verlegd. Daarbij is het gedeelte van den ouden weg, dat ophield deel er van uit te maken, in ruil voor den aan de andere zijde van dien weg benoodigden ondergrond aan den verweerder in cassatie en diens echtgenoote afgestaan, en wel in aansluiting met de hun toebehoorende perceelen 183 en 341, en zijn dezen daardoor in het eigendomsrecht getreden van een strookje grond, breed circa 5 meter op het breedste punt. Nu had de verweerder in Maart 1897 op dat verkregen stuk grond, langs den nieuwen weg, en alzoo op enkele meters afstand van de plaats, waar de buurweg steeds op den openbaren weg uitliep, eene afrastering geplaatst, bestaande uit ijzeren palen, verbonden door 5 boven elkander gespannen ijzerdraden, welke afsluiting, nadat ze op 31 Maart 1897 door den eischer was verbroken, in Juli van dat jaar door den verweerder is hersteld. Deze laatste verhinderde daardoor de gebruikers van den buurweg op de kortste wijze den openbaren weg te bereiken, doch wilde hun door een hek, geplaatst ongeveer 30 meter oostelijk van het uiteinde van den buurweg, toegang tot de Pannerdensche straat verleenen.

Op grond van deze feiten was de Rechtbank te Arnhem van oordeel, dat de verweerder verplicht was den buurweg te verlengen over den nieuw door hem verkregen grond langs den kortsten weg naar de openbare straat, en, door dit niet te doen, had gehandeld in strijd met art. 719 B. W. Het Hof vernietigde echter het vonnis van dat college, en tegen deze beslissing is het cassatiemiddel gericht, dat aldus luidt:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 672 en 719 Burg. Wetb., omdat het Hof aanneemt dat de rechten en verplichtingen ex art. 719 teniet zijn gegaan wanneer de burenweg openbare weg is geworden, en ook zelfs dan niet meer kunnen ingeroepen worden wanneer het openbaar karakter aan den weg weer ontnomen is, ofschoon van een dergelijk teniet gaan noch in art. 719, noch in eenige andere wet of wettelijke verordening te lezen staat, terwijl het evenmin volgt uit den aard der zaak, doch het Hof niettemin op dien grond de actie wegens versperring, aan den eischer geweigerd heeft."

Het komt mij voor dat dit middel afstuit op eene *feitelijke* beslissing, van het Hof. Welke die beslissing is, daarover zoo aanstonds nader. Vooraf een enkel kort woord over de stelling van het middel.

In de 12e overweging in jure van het bestreden arrest leest men: dat „het Hof van oordeel is, dat, nu vaststaat dat de Pannerdensche straat van 1861 tot 1897 een openbare weg is geweest, deze niet meer kon gezegd worden te zijn een weg, aan verschillende buren gemeen." Deze beslissing gaf het Hof naar aanleiding van des eischers opmerking, in diezelfde overweging opgenomen: „dat de Pannerdensche straat vóór 1861 een deel uitmaakte van den onderhavigen buurweg, welk deel in genoemd jaar is gemaakt tot publieken weg."

Dat in art. 719 B. W. geen gewag wordt gemaakt van eene vernietiging van den buurweg doordien deze door het bevoegd gezag tot een *openbaren* weg is gemaakt, behoeft geen verwondering te wekken.

Daarbij toch worden geenszins opgenoemd *al* de gevallen, waarin van een teniet-gaan van den buurweg sprake kan zijn. Zoo staat daarin b. v. niets van het

geval, dat de verschillende eigendommen, waarvoor de buurweg dient, in ééne hand komen. De eenige vraag, die m. i. hier te pas komt, is deze, of het karakter van *openbaren weg* bestaanbaar is met dat van *buurweg*. Dit meen ik echter ten zeerste te moeten betwijfelen. Een eigendom kan met een *onus publicum* worden bezwaard, onder de mits dat de eigenaar niet het *gansche* genot van zijn eigendom worde ontnomen.

Nu bestaat bij de gebruikers van den buurweg het *eenige* genot in hun *uitsluitend* recht om van dien weg gebruik te maken. Geeft men nu aan het *publiek* de gelegenheid om van dien buurweg gebruik te maken, dan komt het *eenige* genot der buren te vervallen en daarmede de *raison d'être* van den buurweg.

De *openbare weg absorbeert* dan den *buurweg* geheel. En omdat de openbare weg den buurweg geheel in zich opneemt en daardoor teniet doet gaan, kan er van een *herleven* van den buurweg, bij het verdwijnen van het onus publicum van openbaarheid, geen sprake zijn.

Ik sprak daar zooeven van eene feitelijke beslissing, waarop de cassatie afstuiten moest. Daarmede bedoelde ik hetgeen men vindt in de 14e overweging; „terwijl in ieder geval niet kan gezegd worden dat hij (d. i. de verweerder) door *op het bewuste punt, dat tot dusver geen deel uitmaakte van den bestaanden burenweg*, eene afsluiting te maken, gehandeld heeft in strijd met art. 719 Burgerlijk Wetboek". *Feitelijk* wordt alzoo beslist, dat het bewuste punt tot dusver *geen deel* uitmaakte van *den bestaanden buurweg*. Derhalve als dit punt nooit tot den buurweg heeft behoord, dan is het geheel onverschillig of de buurweg later openbare weg is geworden.

De geëerde pleiter van eischer bestrijdt het feitelijk karakter der zooeven aangehaalde beslissing, bewerende dat men hier alleen te doen heeft met eene gevolgtrekking uit 's Hofs redeneering in de 12e overweging. Ten onrechte evenwel, omdat hetgeen zooeven werd medegedeeld, reeds werd gevonden in de 11e overweging, in deze bewoordingen: *„en de overgedragen strook gronds tot dusver niet met eenig recht van burenweg was belast"*.

Ik heb alzoo de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.,

Arrest H. R. van 22 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. GREGORY, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het arrest, den 28en Maart 1900 door het Gerechtshof te Arnhem tusschen partijen gewezen, als middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 672 en 719 van het B. W., omdat het Hof aanneemt, dat de rechten en de verplichtingen ex articulo 719 zijn teniet gegaan, wanneer de burenweg openbare weg is geworden, en ook zelfs dan niet meer kunnen ingeroepen worden, wanneer het openbaar karakter aan den weg weer ontnomen is, ofschoon van een dergelijk tenietgaan noch in art. 719, noch in eenige andere wet of wettelijke verordening te lezen staat, terwijl het evenmin volgt uit den aard der zaak, doch het Hof niettemin op dien grond de actie wegens versperring aan den eischer geweigerd heeft;

O., dat volgens het beklaagde arrest bij dagvaarding

is gesteld, dat een daarbij nader omschreven weg zou zijn een buurweg gemeen aan den tegenwoordigen eischer, den tegenwoordigen verweerder en andere geburen, welke hun dient als uitweg naar de publieke dorpsstraat of Pannerdenschen weg; zoomede dat verweerder dien weg zou hebben versperd ter plaatse waar hij op den openbaren weg uitmondt; dat de vordering strekt, dat de Rechtbank zal verklaren, dat het den verweerder niet vrijstond bedoelden uitweg te versperren, en den verweerder veroordeelen om die versperring op te ruimen met schadevergoeding;

dat door het Hof als vaststaande is aangenomen, dat sinds verscheiden jaren de bij dagvaarding omschreven buurweg heeft bestaan, dienende tot uitweg naar de openbare straat, den Pannerdenschen weg; dat krachtens besluit van het bevoegd gezag die openbare weg in 1897 eenigszins is verlegd, waarbij het gedeelte van den ouden weg, dat ophield deel er van uit te maken, aan den tegenwoordigen verweerder en diens echtgenoot is afgestaan, en deze daardoor in het eigendomsrecht zijn getreden van een strookje grond, breed circa vijf meter op het breedste punt; dat verweerder in Maart 1897 op dat stuk grond langs den nieuwen weg heeft geplaatst eene afrastering, dat hij daardoor de gebruikers van den buurweg verhindert op de kortste wijze den openbaren weg te bereiken, doch hun door een meer oostelijk geplaatst hek toegang tot de Pannerdensche straat wil verleenen;

dat ten aanzien van de vraag of de overgedragen strook gronds met een recht van buurweg was belast, door eischer is gewezen op de omstandigheid, dat de Pannerdensche straat vóór 1861 een deel uitmaakte van den onderhavigen buurweg, welk deel in genoemd jaar is gemaakt tot publieken weg, maar dat dit be-

roep is verworpen op grond, dat, nu vaststaat dat de Pannerdensche straat van 1861 tot 1897 een openbare weg is geweest, deze niet meer kon gezegd worden te zijn een weg aan verschillende buren gemeen;

dat voorts door het Hof is overwogen, dat art. 719 van het B. W. alleen strekt tot handhaving van een bestaanden weg in den toestand, waarin die verkeert, en dus voor de toepassing van genoemd art. moet zijn een lichamelijke strook gronds, die werkelijk als buurweg gebruikt wordt, terwijl een strook gronds, die, gelijk in casu, nooit althans niet sedert 1861, als buurweg is gebruikt, nimmer als weg aan verscheiden buren gemeen, in den zin van art. 719 van het B. W. kan beschouwd worden;

dat het Hof op dien grond heeft aangenomen, dat verweerder door op het bewuste punt, dat tot dusverre geen deel uitmaakte van den bestaanden buurweg, eene afsluiting te maken, niet kan gezegd worden te hebben gehandeld in strijd met art. 719 van het B. W.;

O. alsnu met betrekking tot het daartegen gerichte middel van cassatie:

dat volgens art. 719 van het B. W. tot het begrip van buurweg behoort, dat hij aan verscheiden geburen tot een uitweg dient, met welke laatste uitdrukking niets anders bedoeld kan zijn dan een uitweg leidende naar een openbaren weg;

dat hieruit volgt, dat, indien een buurweg geheel of gedeeltelijk zelf openbare weg wordt, hij in zooverre zijn karakter van buurweg verliest, daar een weg niet tegelijkertijd openbare weg en buurweg, leidende tot dienzelfden openbaren weg, kan zijn;

dat uit de algemeene rechtsbeginselen, volgt dat, wanneer eenig recht werkelijk is teniet gegaan, dit

niet, althans niet tenzij de wet zulks uitdrukkelijk zegt, van zelf herleeft zoodra de omstandigheden veranderen;

dat zulk een herleven ook niet kan worden afgeleid uit de beide bij het middel aangehaalde artikelen, en het Hof dus, zonder deze te schenden, kon aannemen, dat toen verweerder op den grond, waarvan in deze sprake is, eene afrastering plaatste, die grond niet kon worden aangemerkt deel uit te maken van den bij dagvaarding omschreven buurweg;

dat het middel mitsdien is ongegrond;

Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten.

§ 66.

VERMOEDENS. — BEWIJS. — EED (SUPPLETOIRE). — VOEGING DER KOSTEN.

De rechter is vrij uit alle feiten en omstandigheden, die hem behoorlijk gebleken zijn, vermoedens af te leiden en dus ook uit den inhoud van een richtig gehouden grootboek, ook al is daarbij niet overgelegd het in art. 6 *Wetb. v. K. bedoelde dagboek.*

Schending van art. 1977 *in verband met art.* 1902 *B. W. door aan eene der partijen een suppletoiren eed op te leggen over een grooter bedrag dan waarover tusschen partijen verschil bestaat.*

Voeging der in cassatie gevallen kosten bij die der einduitspraak.

Conclusie van den Proc.-Gen. Polis:

Twee middelen zijn in deze zaak voorgesteld. Het 1e luidt: Sch. en verk. toepassing der artt. 1902, 1903, 1918, 1959, 1977, 1978, 1979 B. W. 1, 6 en

10 W. v. K. — omdat de Rechtb., te dien aanzien bevestigende het vonnis *a quo*, heeft beslist, dat door het *in casu* overgelegde grootboek of hoofdenboek geacht mag worden voldoende bewijs te zijn geleverd van de de eerste acht posten op de aan het hoofd der introductieve dagvaarding geplaatste specificatie voorkomende, en wel met betrekking tot den tijd der levering, de hoedanigheid en de hoeveelheid der geleverde goederen — om zij het dan ook in verband met andere omstandigheden, de vordering niet geheel van bewijs ontbloot te verklaren en het opleggen van een suppletoiren eed te rechtvaardigen; en zulks hoewel feitelijk vaststaat, dat bij de overgelegde boeken zich niet heeft bevonden het dagboek bedoeld in art. 6 K., en dus door de Rechtbank wordt aangenomen, dat in art. 10 van datzelfde wetboek niet alleen bewijskracht wordt toegekend aan — en als richtig gehouden koopmansboek wordt beschouwd — het dagboek, maar ook aan alle andere in den handel gebruikelijke boeken, zelfs al steunen zij niet op een richtig gehouden dagboek.

De Kantonrechter had beslist, dat door het opengelegde grootboek, hetwelk de Kantonrechter oordeelde richtig te zijn gehouden, het bewijs is geleverd dat de eischer (nu verweerder) aan gedaagde (nu-eischer) een groot aantal hoeveelheden verschillende kruidenierswaren en andere artikelen, die gewoonlijk door een kruidenier verkocht worden, en wel zooals in dit boek vermeld zijn, aan gedaagde geleverd heeft. En nu is in appel, men zie de 5e overw. *quoad facta*, door den eischer in cassatie wel beweerd, dat door het verhoor op vraagpunten geene klaarheid omtrent het meer gevorderde d. i. omtrent hetgeen gevorderd werd boven het schuldig erkende bedrag van *f* 11,99[5] is verkregen,

evenmin als door het bevolen boekenbewijs, maar de bewering dat het opengelegde grootboek, *nu geen dagboek was overgelegd*, niet mocht gebezigd worden als bewijsmiddel voor wat betreft den tijd der levering, de hoeveelheid en de hoedanigheid der geleverde goederen, is bij de Rechtbank niet gevoerd; en daarom meen ik, met den verweerder, dat het 1e middel als bevattende een *novum*, zal moeten worden voorbijgegaan.

Overigens deel ik ook de meening van den verweerder dat dit middel zijn feitelijken grondslag mist; want de beslissing van de Rechtbank is eene andere dan die van den Kantonrechter; de Rechtb. maakt uit, niet dat door het opengelegde grootboek het bewijs is geleverd, dat de oorspronkelijke eischer aan den oorspronkelijken gedaagde geleverd heeft de in dat boek vermelde waren, maar wel, dat ofschoon de geintimeerde niet heeft overgelegd het dagboek, hetwelk elk koopman verplicht is te houden, echter de Rechtbank zich vereenigt met de beslissing van den Kantonrechter, dat door het overgelegde grootboek, in verband met de in het vonnis vermelde antwoorden van den geintimeerde en met de in het geding gebrachte brieven, de vordering, ofschoon niet volledig bewezen, toch ook niet geheel van bewijs is ontbloot. De Rechtbank heeft dus niet, het wordt door den verweerder te recht opgemerkt, het grootboek als eenig volledig bewijs gebezigd voor een gedeelte der te bewijzen feiten, maar alle te bewijzen feiten gedeeltelijk door vermoedens bewezen verklaard. Of mocht de Rechtbank geen vermoeden putten uit het grootboek? Dat wordt bij het middel niet beweerd, en dat zou ook in strijd zijn met de jurisprudentie van den Raad, die bij arrest van 30 Maart 1899 besliste, dat uit dagboeken, al voldoen zij niet aan alle eischen der

wet, vermoedens mogen worden geput, omdat de rechter niet beperkt is in de gegevens waaraan hij vermoeden-bewijs ontleenen mag (Men zie R. Dl. 181 § 51 p. 445).

Het 2e middel is: Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1902, 1903, 1962, 1966, 1977 en 1978 B. W., omdat de Rechtbank bij de formuleering van den door haar aan den geintimeerde (oorspronkelijk eischer) opgelegden suppletoiren eed, waarvan de beslissing der zaak is afhankelijk gesteld, geene rekening heeft gehouden met hare gedeeltelijke bevestiging van het vonnis *a quo*, voor zoover daarbij geintimeerdes vordering over 1899 bewezen was verklaard tot het schuldig erkende bedrag van *f* 11,99[5].

De Rechtbank heeft zich blijkbaar vergist. Bevestigende het vonnis *a quo*, voor zoover daarbij de vordering tot het over 1899 schuldig erkende bedrag van *f* 11,99[5] was toegewezen, heeft zij niettemin in den door haar opgelegden eed het geheele bij de introductieve dagvaarding over de jaren 1896, 1897 en 1899 gevorderde bedrag van *f* 119,40[5], als verschuldigd over de jaren 1896 en 1897 opgenomen; en dat doende heeft de Rechtbank een eed opgelegd loopende over een grooter bedrag dan waarover nog geschil bestond en van dien eed kon dus ook de beslissing der zaak niet afhankelijk zijn.

Het 2e middel zal dus m. i. tot cassatie moeten leiden, maar ik geloof niet dat er termen bestaan tot veroordeeling van den verweerder in de kosten van cassatie, omdat de onjuiste formuleering van den opgelegden eed niet aan hem te wijten is en hij hier die formuleering niet heeft verdedigd, maar zich omtrent het 2e middel aan 's Raads oordeel heeft gerefereerd.

Ik concludeer tot cassatie van het beklaagde von-

nis, voor zoover daartegen bij het 2e middel wordt opgekomen, met terugwijzing der zaak naar de Rechtbank en reserve der kosten van cassatie tot de einduitspraak.

Arrest H. R. van 22 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende tot enz;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het vonnis op den 21en Febr. 1900 door de Arrondissements-Rechtbank te Utrecht tusschen partijen gewezen zijn voorgesteld de navolgende middelen van cassatie:

I. Schending en verkeerde toepassing der artt. 1902, 1903, 1918, 1959, 1977, 1978, 1979 van het B. W., de artt. 1, 6 en 10 van het W. v. K., omdat de Rechtbank — te dien aanzien bevestigende het vonnis a quo — heeft beslist, dat door het in casu overgelegde grootboek of hoofdenboek, geacht mag worden, voldoende bewijs te zijn geleverd voor de eerste acht posten op de aan het hoofd dezer introductieve dagvaarding geplaatste specificatie voorkomende, en wel met betrekking tot den tijd der levering, de hoedanigheid en hoeveelheid der geleverde goederen om — zij het dan ook in verband met andere omstandigheden, de vordering niet geheel van bewijs ontbloot te verklaren en het opleggen van een suppletoiren eed te rechtvaardigen, — en zulks hoewel feitelijk vaststaat, dat bij de overgelegde boeken zich *niet* heeft bevonden het dagboek bedoeld in art. 6 van het W. v. K. en dus door de Rechtbank wordt aangenomen, dat in art. 10 van datzelfde Wetboek

niet alleen bewijskracht wordt toegekend aan — en als richtiggehouden koopmansboek wordt beschouwd — het dagboek, maar ook aan alle andere in den handel gebruikelijke boeken, zelfs al steunen zij niet op een richtig gehouden dagboek;

II. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1902, 1903, 1962, 1966, 1977 en 1978 van het B. W., omdat de Rechtbank, bij de formuleering van den door haar aan den geïntimeerde (oorspronkelijk eischer) opgelegden suppletoiren eed, waarvan de beslissing der zaak is afhankelijk gesteld, geen rekening heeft gehouden met hare gedeeltelijke bevestiging van het vonnis a quo voor zoover daarbij geïntimeerde's vordering over 1899 volledig bewezen was verklaard tot het schuldig erkende bedrag van elf gulden negen en negentig en een halven cent;

O daaromtrent:

dat blijkens het bestreden vonnis de verweerder in cassatie van den eischer voor den Kantonrechter te Amersfoort gevorderd heeft eene som van per resto honderd negentien gulden vijf en zestig en een halven cent ter zake van door hem aan den tegenwoordigen eischer ten behoeve van zijne zaak in 1896, 1897 en 1898 (lees 1899) verkochte en geleverde kruideniers-waren, breeder aan het hoofd der dagvaarding gespecificeerd;

dat de Kantonrechter bij vonnis van 2 October 1899 die vordering heeft toegewezen voor zooveel betreft de door den oorspronkelijken gedaagde erkende posten van Februari en Maart 1899 ten bedrage van elf gulden negen en negentig en een halven cent, en voor het overige heeft geoordeeld, dat door een door den oorspronkelijken eischer in het geding gebracht richtig gehouden grootboek of zoogenaamd hoofdenboek,

het bewijs was geleverd, dat de oorspronkelijke eischer aan den oorspronkelijken gedaagde een groot aantal hoeveelheden verschillende kruidenierswaren en andere artikelen, zooals in dat boek vermeld zijn, geleverd had, doch dat uit dat boek niet bleek van den prijs der goederen, waarom de Kantonrechter de vordering wel niet volledig bewezen heeft geacht, doch ook niet geheel van bewijs ontbloot, en aan den oorspronkelijken eischer een suppletoiren eed heeft opgelegd;

O., dat de Rechtbank bij het thans bestreden vonnis de uitspraak van den Kantonrechter in hooger beroep heeft bevestigd, voor zooveel daarbij de vordering tot het erkend bedrag van elf gulden negen en negentig en een halven cent was toegewezen en voor zoover daarbij was aangenomen, dat het overige gedeelte der vordering niet volledig was bewezen, maar ook niet geheel van bewijs was ontbloot, en de Rechtbank, met vernietiging van het vonnis a quo voor het overige, aan den geïntimeerde (oorspronkelijk eischer) den navolgenden suppletoiren eed heeft opgelegd: „dat de oorspronkelijke eischer aan den „oorspronkelijken gedaagde in de jaren 1896 en 1897 „heeft verkocht en geleverd diverse kruidenierswaren „tot een bedrag van honderd negentien gulden veertig „en een halven cent";

O., dat deze beslissing, voor zoover daarbij wordt aangenomen, dat er termen bestaan tot het opleggen van een suppletoiren eed, berust op de overweging: „dat ofschoon geïntimeerde (oorspronkelijk eischer) „niet heeft overgelegd het dagboek hetwelk elk koopman verplicht is te houden, echter de Rechtbank zich „vereenigt met de beslissing van den Kantonrechter, „dat door elk (lees: *het*) overgelegde grootboek, in

„verband met de in het vonnis vermelde antwoorden „van den geïntimeerde en met de in het geding ge- „brachte brieven, de vordering ofschoon niet volledig „bewezen, toch ook niet van bewijs is ontbloot";

O., dat hiertegen het eerste middel van cassatie gericht is;

dat dit middel echter zijn feitelijken grondslag mist, omdat de Rechtbank het overgelegde grootboek niet als een schriftelijk bewijs heeft gebezigd van den tijd der levering, de hoedanigheid en hoeveelheid der acht eerste posten der rekening, maar daaruit, in verband met van elders gebleken feiten en omstandigheden, alleen vermoedens heeft afgeleid, zooals ook blijkt uit de aanhaling in het vonnis van art. 1959 van het B.W.

dat de Rechtbank hiertoe volkomen bevoegd was, én omdat in deze zaak het bewijs door vermoedens is toegelaten, én omdat de rechter vrij is uit alle feiten en omstandigheden, die hem behoorlijk gebleken zijn, vermoedens af te leiden en dus ook uit den inhoud van een richtig gehouden grootboek, ook al is daarbij niet overgelegd het dagboek bedoeld in art. 6 van het W. v. K.;

O. ten aanzien van het tweede middel:

dat bij den door de Rechtbank aan den oorspronkelijken eischer opgelegden eed het bedrag der over 1896 en 1897 verkochte en geleverde waren is gesteld op honderd negentien gulden veertig en een halven cent, ofschoon dit bedrag nagenoeg de geheele gevorderde som uitmaakt, daaronder begrepen de erkende leverantiën in Februari en Maart 1899 ten bedrage van elf gulden negen en negentig en een halven cent, welk laatste bedrag bij het in hooger beroep bevestigde vonnis van den Kantonrechter reeds aan den eischer was toegewezen:

O., dat hierdoor aan den oorspronkelijken eischer een eed is opgelegd die een grooter bedrag betreft dan waarover tusschen partijen verschil bestaat en waarvan dus de beslissing van het geding niet kan afhangen;

O., dat hierdoor art. 1977 in verband met art. 1902 van het B. W. is geschonden en het bestreden vonnis mitsdien uit dien hoofde behoort te worden vernietigd;

O. ten aanzien der kosten in cassatie gevallen, dat de verweerder zich ten aanzien van het tweede middel geen partij heeft gesteld, maar zich onvoorwaardelijk heeft gedragen aan het oordeel van den Hoogen Raad;

dat bij deze houding van den verweerder en bij de omstandigheid dat de onjuiste formuleering van dien eed niet is te wijten aan een der partijen, er termen bestaan om de kosten in cassatie gevallen te reserveeren tot aan de einduitspraak;

Vernietigt het vonnis door de Arrondissements-Rechtbank te Utrecht op den 21en Februari 1900 in deze zaak tusschen partijen gewezen;

Wijst de zaak terug naar de Arrondissements-Rechtbank voornoemd om, met inachtneming van 's Hoogen Raads arrest, op het bestaande hooger beroep te worden berecht en afgedaan;

Bepaalt, dat de kosten in cassatie gevallen zullen worden gevoegd bij die der einduitspraak.

§ 67.

SPLITSING EENER BEKENTENIS (NIET). — EED (SUPPLETOIRE)

Het Hof heeft bij het bestreden arrest de bekentenis van den tegenwoordigen eischer, oorspronkelijk gedaagde, niet gesplitst door een vermoeden te putten

uit eene tusschen partijen niet betwiste omstandigheid, welke geen deel was der verwering tegen de ingestelde actie.

De eischer kan er zich niet over beklagen, dat het Hof hem heeft opgelegd den door hem zelven aangeboden eed omtrent de waarheid der door hem gestelde betalingen aan zijn zoon, daar, al is dit een deel van eischers bekentenis, hij het bewijs van die betalingen vrijwillig op zich heeft genomen.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

Het eenige in deze zaak voorgestelde middel luidt: Sch. en verkeerde toepassing van de artt. 1902, 1959, 1961 en 1978 B. W., nemende het Hof aan dat de vordering van den thans verweerder niet geheel van bewijs ontbloot is, welk bewijs echter slechts verkregen is door de bekentenis van thans eischer, „dat de betalingen van den bouw der ten processe bedoelde villa in hoofdzaak zijn gedaan door zijnen zoon en deze in het bezit der quitanties is, doch de gelden van die betalingen aan zijnen zoon zijn verstrekt", ten zijnen nadeele te splitsen, waardoor bij dit arrest ten onrechte een suppletoire eed is opgelegd.

De verweerder heeft tegen den eischer ingesteld eene actie tot nietigverklaring van eene overeenkomst van geldleening door verweerder aan eischer dd. 29 Mei 1897 tot een bedrag van *f* 11000, met hypothecair verband op eene in aanbouw zijnde villa, een huis en erf, alles te Middachtersteeg, zulks op grond van bedrog of dwaling, subsidiair op grond van gemis van oorzaak of op grond van valsche oorzaak, terwijl zeer subsidiair de actie tot terugbetaling van bovengenoemde som als onverschuldigd betaald is ingesteld (1e overw. quoad jus).

De verweerder grondde die vorderingen daarop, dat de bouwkosten der villa, tot betaling waarvan, zooals tusschen partijen in confesso is, de hypotheek werd verleend, niet zijn betaald door den eischer, doch door diens zoon, zoodat alleen deze laatste en geenszins de eischer recht had van verweerder betaling daarvan te vragen en in ontvangst te nemen en de eischer, door zich onder het valschelijk voorgeven, dat de bouwkosten door hem waren voorgeschoten de hypotheek te doen geven, den verweerder heeft bedrogen en in dwaling gebracht, tot staving van welke stelling door den verweerder werd gewezen op verschillende omstandigheden, waaronder in het bijzonder op die, dat alle rekeningen en kwitantiën den bouw der villa betreffende, niet alleen zijn gesteld ten name van genoemden zoon, doch ook in diens bezit zijn. Daartegen hield de eischer vol, dat hij tijdens den bouw der villa hetzij in handen van zijn zoon, hetzij direct aan diverse leveranciers, ten behoeve van den bouw, aan arbeidsloonen, reiskosten en kostgeld heeft uitgegeven een bedrag van meer dan *f* 11000.— terwijl hij aanbood onder eede te bevestigen de juistheid der cijfers van de door hem bij zijne conclusie van antwoord in hooger beroep opgegeven tot een gezamelijk bedrag van *f* 11345,94 gedane betalingen. Overigens betwistte hij niet dat vele rekeningen, de weekbriefjes enz. staan ten name van zijn zoon, doch beweerde hij dat dit het natuurlijk gevolg is van het feit, dat zijn zoon onder zijn toezicht als uitvoerder van den bouw optrad en hij vele van de betalingen door zijn zoon heeft laten doen uit de gelden welke hij (eischer) verstrekte.

En nu is de beslissing van het Hof „dat uit de „bovengenoemde door geintimeerde (nu eischer) niet „weersproken omstandigheid, dat in hoofdzaak de

„betalingen voor den bouw zijn gedaan door den „zoon en deze in het bezit is der quitantiën, terwijl „geintimeerde blijkbaar geen bewijzen kan overleggen „van de volgens zijn beweren aan zijn zoon gedane beta- „lingen, wel eenig vermoeden voor de stelling van appel- „lant (nu verweerder) voortvloeit, maar deze daardoor „niet volledig bewezen wordt en onder deze omstandig- „heden het Hof termen vindt aan geintimeerde .... *den „door hem aangeboden eed* op te leggen omtrent de „waarheid der door hem gestelde betalingen aan zijn „zoon, ten einde daarvan de beslissing der zaak te „doen afhangen;" wordende vervolgens de door het Hof opgelegde suppletoire eed aldus geformuleerd: „Ik zweer dat het waar is dat ik de in mijne con- „clusie van antwoord in hooger beroep aangegeven „sommen tot een totaal bedrag van ruim *f* 11000 „ten behoeve van den bouw der villa hetzij in handen „van mijnen zoon, hetzij direct aan de verschillende „leveranciers heb betaald, hetzij aan arbeidsloonen, „reiskosten en kostgeld heb uitgegeven". Dat die eed dezelfde is als die welken de eischer bij zijne conclusie van antwoord in appel heeft aangeboden, dat kan, meen ik, niet twijfelachtig zijn, en dat kan hier ook niet worden ontkend, want dat is feitelijk uitgemaakt.

Maar dan kan de eischer zich thans ook niet komen beklagen dat hem die eed is opgelegd, Cf. arrest van 16 Juli 1843, v. d. Honert Burg recht. Dl. 4 pag. 501.

En de eischer kan hier ook niet komen beweren, dat eene splitsing van bekentenis *ten zijnen nadeele* heeft plaats gehad, doordien het Hof uit de door den verweerder opgegevene, door hem eischer niet weersproken omstandigheid, dat in hoofdzaak de betalingen voor den bouw zijn gedaan door des eischers zoon en deze in het bezit is der quitantiën, een vermoeden

heeft geput voor de stelling van den verweerder. Want al heeft de eischer de gevolgtrekking, die uit die omstandigheid tegen hem zou kunnen worden gemaakt, getracht te voorkomen, door te beweren, dat de gelden voor de betalingen door zijn zoon gedaan aan dezen door hem zijn verstrekt, hij heeft door zijn eedsaanbod op ondubbelzinnige wijze te kennen gegeven zich niet op de onsplitsbaarheid van zijne bekentenis te willen beroepen en zijne bekentenis kan niet gezegd worden *ten zijnen nadeele* te zijn gesplitst, vermits de eedsopdracht omtrent de waarheid van hetgeen hij in zijn voordeel bij zijne bekentenis had gevoegd, in overeenstemming is met het eedsaanbod dat hij zelf heeft gedaan.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 22 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie tot enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het den 27 Juni 1900 tusschen partijen gewezen arrest van het Gerechtshof te Arnhem als middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1902, 1959, 1961 en 1978 B. W., nemende het Hof aan, dat de vordering van den thans verweerder niet geheel van bewijs ontbloot is, welk bewijs echter slechts verkregen is door de bekentenis van thans eischer „dat de betalingen van den bouw der ten processe bedoelde villa in hoofdzaak zijn gedaan door zijnen zoon en deze in het bezit der quitanties is, doch de gelden van die betalingen door hem eischer

aan zijn zoon zijn verstrekt", ten zijnen nadeele te splitsen, waardoor bij dit arrest ten onrechte een suppletoire eed is opgelegd;

O., dat blijkens het bestreden arrest door den tegenwoordigen verweerder is ingesteld eene actie tot nietigverklaring van eene overeenkomst van geldleening door den tegenwoordigen eischer aan verweerder dd. 29 Mei 1897 tot een bedrag van *f* 11000, — met hypothecair verband op een in aanbouw zijnde villa, en een huis en erf, alles te Middachtersteeg, — zulks op grond van bedrog of dwaling, subsidiair op grond van gemis van oorzaak of op grond van valsche oorzaak; aan welke procedure ten grondslag ligt de stelling, dat de bouwkosten der villa — tot betaling waarvan de hypotheek werd verleend — niet zijn betaald door den tegenwoordigen eischer, doch door diens zoon, zoodat alleen deze laatste en geenszins de tegenwoordige eischer recht had van den tegenwoordigen verweerder de betaling daarvan te vragen en in ontvangst te nemen;

O., dat de tegenwoordige eischer zijnerzijds, in overeenstemming met zijne in eersten aanleg onder protest tegen splitsing van zijne bekentenis, gevoerde beweringen, heeft volgehouden, dat hij tijdens den bouw der villa, hetzij in handen van zijn zoon, hetzij direct aan verschillende leveranciers, ten behoeve van den bouw en verder aan arbeidsloonen, reiskosten en kostgeld heeft uitgegeven een bedrag van meer dan *f* 11000. —, welk bedrag hij bij zijne conclusie van antwoord in hooger beroep heeft gespecificeerd, terwijl hij daarbij aangeboden heeft de juistheid van de door hem opgegeven cijfers onder eede te bevestigen;

O., dat het Hof heeft geoordeeld, dat uit de omstandigheid, waarop de tegenwoordige verweerder had

gewezen, en die door den eischer niet was weersproken, dat in hoofdzaak de betalingen voor den bouw zijn gedaan door den zoon en deze in het bezit is der quitanties, terwijl de eischer blijkbaar geen bewijzen kon overleggen van de volgens zijn beweren aan zijn zoon gedane betalingen, wel eenig vermoeden voor de stelling van den verweerder voortvloeide, maar deze daardoor niet volledig bewezen werd; — onder welke omstandigheden het Hof termen heeft gevonden aan den eischer den door hem aangeboden eed op te leggen omtrent de waarheid der door hem gestelde betalingen aan zijn zoon, ten einde daarvan de beslissing der zaak te doen afhangen;

O., dat derhalve het Hof, door een vermoeden te putten uit een tusschen partijen niet betwiste omstandigheid, welke geen deel was van de verwering van den eischer, nl. dat in hoofdzaak de betalingen voor den bouw zijn gedaan door den zoon en deze in het bezit is der quitanties, de bekentenis van den eischer niet heeft gesplitst; — terwijl de eischer zich er niet over kan beklagen, dat het Hof hem heeft opgelegd den door hem zelven aangeboden eed omtrent de waarheid der door hem gestelde betalingen aan zijn zoon, daar, al is dit een deel van eischers bekentenis, hij het bewijs van die betalingen vrijwillig op zich heeft genomen;

O., dat mitsdien het voorgestelde middel van cassatie is ongegrond;

Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de daarop gevallen kosten.

§ 68.

HOOGER BEROEP (VATBAARHEID VAN EEN VONNIS VOOR).

Ter beoordeeling van de vatbaarheid van een vonnis

voor hooger beroep komt uitsluitend in aanmerking de straf, gesteld op het feit, zooals het is ten laste gelegd, en niet de straf, die naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in een gegeven geval zoude kunnen worden toegepast.

Arrest H. R. van 25 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van D. J. v. d. B., oud 47 jaren, geboren te Oene, gemeente Epe, wonende te Zwolle, van beroep arbeider, requirant van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Zwolle van den 10den Jan. 1901, waarbij hij is schuldig verklaard aan: het bevisschen van eens anders vischwater zonder voorzien te zijn van een schriftelijk bewijs van vergunning van den eigenaar of rechthebbende en te dier zake met toepassing van de artt. 2, 24, 40 der Jachtwet, 10 n°. 14 en 11 der Invoeringswet en art. 23 van het W. v. Sr., veroordeeld tot eene geldboete van één gulden met vervangende hechtenis van één dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het ingestelde beroep;

O., dat de requirant is gedagvaard ter zake, dat hij zonder van een schriftelijk bewijs van vergunning van den eigenaar of rechthebbende te zijn voorzien den 8en Dec. 1900 met den hengel in de hand heeft gevischt in vischwater van de gemeente Zwolle, in pacht bij de gebroeders D. aldaar en gelegen deels in de gemeente Zwolle, deels in de gemeente Zwollerkerspel;

O., dat dit feit valt onder de strafbepaling van art.

40 der wet van 13 Juni 1857 (Stbl. no 87), met gewijzigde tekst in stand gehouden door art. 10 no. 14 in verband met art. 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. no. 64), terwijl bij art. 45c der eerstgemelde wet, mede van kracht gebleven ingevolge art. 10 no 14 der laatstgemelde wet, daarop als bijkomende straf is gesteld de verbeurte, ten behoeve van 's Rijks schatkist van de onwettig gevangen visch;

dat derhalve op het ten laste gelegde feit eene andere straf is gesteld dan geldboete van ten hoogste vijf en twintig gulden, zoodat hier van toepassing was niet de uitzondering maar de regel van art. 44, tweede lid der Wet op de R. O., volgens welken de daar bedoelde vonnissen onderwerpen zijn aan hooger beroep, zonder dat hierop van invloed kan zijn, dat, bij het niet vangen van visch, geen verbeurdverklaring daarvan viel uit te spreken, omdat ter beoordeeling van de vatbaarheid van een vonnis voor hooger beroep, uitsluitend in aanmerking komt de straf, gesteld op het feit, zooals het is ten laste gelegd en niet de straf, die naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in een gegeven geval zou kunnen worden toegepast;

O., dat het beroep in cassatie mitsdien volgens de artt. 103 der Wet op de R. O. en 353 van het W. v. Sv. niet-ontvankelijk is;

Verklaart den requirant niet-ontvankelijk in zijn beroep.

§ 69.

CASSATIDMIDDEL, WAARAAN DE FEITELIJKE GRONDSLAG ONTBREEKT.

De bewijsvoering van het bestreden arrest bevat niets in strijd met de bewijsregels van het W. v. Strafv.

en de bij het middel aangehaalde artt. van dat Wetboek en van het B. W. zijn, noch kunnen zijn geschonden of verkeerd toegepast door deze bewijsvoering.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Als eenig middel van cassatie is in deze voorgesteld:

Schending of verkeerde toepassing van art. 310 W. v. Strafr. in verband met art. 2002 en 2014 van het B. W., door de beslissing te gronden op de overweging dat de beklaagde in gebreke is gebleven zijn bezit te rechtvaardigen.

Met dit middel wordt, dunkt mij, de strekking van de bewijsvoering der Rechtbank in haar te dezen aanzien in appel bevestigd vonnis miskend. De Rechtbank leidt uit verschillende als aanwijzingen gebezigde omstandigheden af, dat de requirant den hond, voor diefstal waarvan hij heeft terechtgestaan, met oogmerk tot wederrechtelijke toeëigening heeft weggenomen, en stelt daarvoor in de eerste plaats vast, dat hij op zekeren dag in het bezit van dien hond is gekomen, daarna gaat zij over tot de bespreking van de onrechtmatigheid van dat bezit waarmede zij aanvangt door requirants bewering daaromtrent onder handen te nemen. Deze wordt op grond van onderscheidene getuigenissen onwaar verklaard. Doch niet alleen daarom wordt uitgemaakt dat requirant den hond gestolen heeft, dit wordt afgeleid uit eene aaneengeschakelde rij aanwijzingen. Nu is het nergens verboden het bewijs mede te doen berusten op de onwaarheid van hetgeen de beklaagde ter verdediging heeft aangevoerd. Geheel iets anders is het ten zijnen laste te brengen dat hij geen bewijs van onschuld heeft geleverd, dan dat hij te kwader trouw eene onware verdediging heeft gevoerd. Het beginsel van in het middel aange-

haalde art. 2002 B. W., dat goede trouw ondersteld wordt, kwade trouw moet worden bewezen, in het strafrecht eigenlijk vervangen door den eisch dat positief bewijs voor schuld geleverd moet worden, zou dus hier geenszins geschonden zijn, daar de Rechtbank juist de kwade trouw op positieve bewijzen aanneemt.

Het is dus niet het negatieve feit dat de beklaagde in gebreke is gebleven zijn bezit te rechtvaardigen, maar het positieve bewijs dat hij het met onwaarheid heeft willen doen, dat tot het bewijs heeft medegewerkt.

Het middel ontbeert alzoo eenen feitelijken grondslag.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 25 Maart 1901 :

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van J. F. t. H., oud 32 jaren, kantoorbediende, geboren en wonende te Amsterdam, req. van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 21 Dec. 1900, waarbij op het hooger beroep zoo van den veroordeelde als van het O. M., het vonnis door de Arr.-Rechtbank te Amsterdam op 14 Nov. 1900 op tegenspraak gewezen, is vernietigd voor wat de opgelegde straf betreft, die is veranderd in eene gevangenisstraf van twee maanden, doch vooral het overige is bevestigd, bij welk vonnis de req. is schuldig verklaard aan diefstal en, met toepassing van de artt. 310 van het W. v. Sr., 214 eerste lid van dat van Sv., veroordeeld tot eene gevangenisstraf van vier maanden;

Gehoord het verslag van den Raadsheer HANLO;

Gezien een tijdig ter griffie van het Gerechtshof te Amsterdam in deze zaak door den req. ingediende schriftuur dragende het opschrift: „memorie van cassa-

tie" welke eenige feitelijke beschouwingen doch geen middelen van cassatie inhoudt;

Gelet op het middel van cassatie namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

Schending of verkeerde toepassing van art. 310 van het W. v. Sr. in verband met de artt. 2002 en 2014 van het B. W.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

O., dat bij het vonnis der Rechtbank voor zoover het bij het bestreden arrest is bevestigd, de feiten primair aan den beklaagde (requirant) telast gelegd, alsmede zijne schuld daaraan, wettig en overtuigend bewezen zijn verklaard; welke feiten hierin bestaan, dat hij te Amsterdam den 15 Aug. 1900 van af den openbaren weg heeft weggenomen een hond, toebehoorende aan D. J. L., althans aan een ander dan aan beklaagde, met het oogmerk zich dien hond wederrechtelijk toe te eigenen en welke feiten zijn gequalificeerd zooals in het hoofd van dit arrest is vermeld;

O., dat tot ondersteuning van het middel is aangevoerd, dat de daarin genoemde wetsartikelen geschonden of verkeerd toegepast zijn door de beslissing te gronden op de overweging, dat de beklaagde in gebreke is gebleven zijn bezit te rechtvaardigen;

O., dat het middel betreft de in het bevestigde gedeelte van het vonnis voorkomende overweging, luidende: „dat beklaagdes opgave omtrent zijne beitsverkrijging „van den hond, weersproken is door de verklaring „van den getuige T. voor wat aangaat de door be„klaagde daarbij vermelde bijzonderheden, strijdig „is met de verklaring van getuige M. de V, terwijl „vaststaat door de verklaring van getuige H., dat be„klaagde buiten rechte eene van deze opgave afwij-

„kende mededeeling gedaan heeft, en beklaagde mitsdien „in gebreke is gebleven zijn bezit te rechtvaardigen";

O., dat hieruit blijkt, dat met de uitdrukking „mitsdien in gebreke is gebleven zijn bezit te rechtvaardigen" niets anders is bedoeld dan te kennen te geven: dat, terwijl het door den beklaagde erkend bezit van het ontvreemde voorwerp feitelijk vaststaat, de wijze waarop hij dat bezit, als door koop en levering verkregen trachtte te rechtvaardigen, door den rechter in strijd is geoordeeld met de aanwijzingen voortvloeiende uit de verklaringen van verschillende getuigen, waardoor tevens beklaagdes kwade trouw is gebleken;

dat deze bewijsvoering niets bevat in strijd met de bewijsregels van het W. v. Sv. en dat daardoor de bij het middel aangehaalde artt. van het W. v. Sr. en van het B. W. niet zijn of zelfs niet kunnen zijn geschonden of verkeerd toegepast;

O., dat mitsdien het voorgestelde middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 70.

OP WACHT STAAN. — MEDEPLICHTIGHEID AAN EEN MISDRIJF.

Het „op wacht staan" bij de plaats, waar een misdrijf (van diefstal of strooperij) door een ander wordt gepleegd, ten einde dezen te kunnen waarschuwen, wanneer zich onraad mocht voordoen, moet worden gequalificeerd als medeplichtigheid aan dit misdrijf in den zin van art. 48, 1° *Strafr.*

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Deze requirant heeft ter griffie van den Hoogen Raad eene memorie van cassatie ingediend, die geene aan-

leiding geeft tot overweging van haren inhoud, ten eerste omdat zij niet binnen den wettelijken termijn is ingeleverd, ten andere omdat zij zich geheel beweegt op het gebied der feiten.

Het tegen den requirant gewezene, in appel met uitzondering van wat de opgelegde straf betreft bevestigde vonnis, geeft mij echter aanleiding twee bedenkingen in het midden te brengen.

De requirant heeft als tweede beklaagde terechtgestaan met een ander ter zake: dat zij „in den na„middag van 17 Augustus 1900 omstreeks half vijf „uur te Arnhem, na te zamen het plan te hebben „opgevat om uit den tuin van den heer C. Ph. W. „K. vruchten weg te nemen en zich deze samen wederrechtelijk toe te eigenen, zich te samen naar voormelden „tuin hebben begeven, alwaar de eerste beklaagde ter „uitvoering van hun plan en ter voldoening aan die te „voren gemaakte afspraak, over den muur waarmede ge„melde tuin is afgesloten, is geklommen en uit dien tuin „eenige nog aan dien boom hangende en aan genoemden heer K., althans aan een ander dan aan hen beklaag„den toebehoorende perziken heeft afgeplukt en weg„genomen, met oogmerk van wederrechtelijke toeëige„ning, terwijl de tweede beklaagde hetzij met even„vermeld oogmerk eveneens ter uitvoering van de door „hen te voren gemaakte afspraak vlak bij dien muur „op wacht is blijven staan, ten einde te kunnen waar„schuwen wanneer zich onraad voordoen mocht, hetzij, „nadat de eerste beklaagde weer uit den tuin met „eenige door hem gestolen perziken was gekomen, „opzettelijk een of meer dier vruchten, van welke hij „wist dat ze door den eersten beklaagde waren ge„stolen, van dezen als geschenk heeft aangenomen";

De Rechtbank heeft het aan den requirant in de

eerste plaats telast gelegde bewezen verklaard, en dit met het door den eersten beklaagde bedrevene gequalificeerd als: strooperij door twee vereenigde personen waarbij de schuldige zich den toegang tot de plaats des misdrijf heeft verschaft door middel van inklimming Zij heeft voorts — van haar standpunt te recht — het den requirant in de tweede plaats telast gelegde buiten beschouwing gelaten als door het bewezen verklaarde uitgesloten.

Maar waarop berust nu de schuldigverklaring? Op de aanwijzingen voortvloeiende uit des requirants erkentenis en uit de verklaringen der getuigen.

De erkentenis houdt volgens het vonnis in, dat de requirant met den eersten beklaagde speelde in het weiland dicht bij den tuin van den heer K. en, nadat de eerste beklaagde korten tijd weg was geweest, van dezen eene perzik heeft aangenomen en die heeft opgegeten.

De eerste getuige heeft verklaard dat hij drie jongens in de aan zijnen tuin grenzende weide heeft zien loopen en daarop vijf perziken van eenen boom in zijnen tuin heeft vermist;—de tweede getuige dat hij zag dat de eerste beklaagde in den tuin bij het huis bezig was iets van eenen boom te plukken en in zijnen zak te steken, terwijl de tweede beklaagde buiten den tuin vlak bij den muur, waarmede de tuin was afgesloten, in het weiland stond, telkens rondkijkende; voorts dat, toen hij den eersten beklaagde heeft gewaarschuwd, beide beklaagden zijn gaan loopen het weiland in; — de derde getuige eindelijk, dat hij zag dat de eerste beklaagde, hangende over het hek op den muur om den tuin van den getuige K., bezig was met iets uit den tuin te plukken, terwijl de tweede beklaagde aan den buitenkant

van den tuinmuur stond, ongeveer drie meter daarvan af.

Nu wordt veelal aangenomen — zoo ook bij 's Hoogen Raads arrest van 20 Febr. 1888, Wbl. 5524, Ned. Rspr. 148, blz. 145, dat hij die met anderen het opzet vormt om diefstal te plegen en tot uitvoering daarvan aan de voor en bij het plegen van den diefstal verrichte handelingen deelneemt o.a. door op de wacht te staan, mededader is ook al heeft hij de ontvreemde goederen niet zelf weggenomen.

Zoowel het voornemen tot stelen als het op de wacht staan is hier dan ook telast gelegd; maar omtrent het eerste houden de gebezigde bewijsmiddelen niets in, en voor het andere kan toch het enkele feit dat de requirant in de nabijheid van de plaats des diefstals stond rond te kijken, niet in de plaats treden.

Het vonnis is alzoo niet met redenen omkleed ten aanzien van die beide omstandigheden, die toch elementen van het misdrijf van strooperij vormen, zooals dat hier geconstrueerd is. Er is immers eene daad van deelneming noodig, die niet alleen in rondkijken kon bestaan, dit kan slechts tot medewerking worden gemaakt door eene bepaalde bedoeling die hier niet blijkt.

Ik kan mij trouwens — dit is mijne tweede bedenking met deze constructie van daderschap niet vereenigen. Zij berust op het aannemen van de subjectieve deelnemingstheorie, volgens welke dezelfde handelingen mededaderschap en medeplichtigheid kunnen opleveren naargelang van het op de eene of de andere gerichte opzet van hem, die aan hetgeen materieel eigenlijk het misdrijf vormt, niet deelneemt. Deze theorie lijdt m. i. aan het gebrek dat zij een opzet buiten de verrichte handelingen aanneemt in stede van het uit die handelingen af te leiden.

Men kan des daders voornemen misschien van elders construeeren, maar dat voornemen op zich zelf, dat zij toch kan hebben laten varen, bewijst niets ten aanzien van het opzet op het oogenblik der handeling, dat dus alleen uit de handeling kan worden gekend, althans niet van de handeling onafhankelijk is maar zich daarvan uitspreekt.

Evenmin als iemand die zich van eenen waterplas verwijdert, het opzet kan hebben om door die handeling zich er in te verdrinken, kan iemand hulp verleenen, inlichtingen of middelen of gelegenheid verschaffen tot het door een ander te plegen misdrijf ter uitvoering van het opzet om het zelf te plegen.

Men heeft dus in elk geval voor de subjectieve theorie eene geheel andere omschrijving van medeplichtigheid noodig dan ons wetboek geeft, volgens welke de medeplichtige toch gekend wordt uit zijne handelingen. Het opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen, opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen is nu niet het verrichten van eenige willekeurige handeling met het opzet om die als hulp, gelegenheid, middel, inlichting te doen dienen, evenmin als opzettelijk plegen is het verrichten van eenige handeling waaraan de dader willekeurig de qualificatie van plegen geeft; maar het opzet tot het verrichten van daden van hulp, enz. moet samengaan met het doen van daden die dat werkelijk zijn; zoo kan dader alleen zijn hij die doet hetgeen de essentieele handeling in het misdrijf is.

En op het thans behandelde geval slaan volkomen deze woorden der memorie van toelichting: „Wat den „mededader van [den in art. 48, 1° genoemden] mede„plichtige onderscheidt is, dat eerstgemelde rechtstreeks „deelneemt aan de uitvoering van het feit door de wet met

„straf bedreigd, aan de handeling of een der han-„delingen die het misdrijf uitmaken, terwijl de laatst-gemelde bij het verrichten van die handeling of die „handelingen slechts een meer of min afdoende hulp „verleent. Daaronder zijn ook zij begrepen die tijdens „het plegen van het feit werkzaam zijn om de ontdek-„king daarvan te voorkomen, en daardoor opzettelijk „helpen te weeg brengen dat het misdrijf ongestoord plaats heeft". (toelichting op art. 48).

Uit hetgeen in de memorie van toelichting volgt, nl. dat de auctor intellectualis en de medeplichtige van art. 48, 2° hierin onderscheiden zijn dat bij gestie het denkbeeld van het misdrijf rijst, terwijl deze alleen de uitvoering van eens anders misdadig opzet bevordert, zou men ten onrechte aanleiding nemen aan de wet eene andere dan de objectieve theorie toe te schrijven. Daargelaten dat de tegenstelling niet volkomen zuiver is (er moest staan dat de medeplichtige de uitvoering van eens anders opzet *wil* be-bevorderen) is hier enkel sprake van de psychische zijde der medeplichtigheid en wordt niet het begrip in zijnen geheelen omvang vastgesteld.

Wat den requirant is telast gelegd zou dus in geen geval anders dan als medeplichtigheid gequalificeerd kunnen worden. Vooraf moet echter nog naar den eisch der wet bewezen worden dat hij aan het hem telast gelegde schuldig is.

Ten slotte doe ik omtrent het arrest nog opmerken, dat het Hof hechtenis voor de opgelegde boete in de plaats stelt, niet voor het geval van wanbetaling binnen twee maanden nadat de uitspraak zal kunnen worden ten uitvoer gelegd, maar binnen twee maanden na aanmaning, welke bepaling niet is overeenkomstig art. 23 van het Wetboek van Strafrecht.

In dit opzicht zal het arrest in elk geval verbeterd moeten worden.

Ik concludeer echter in verband met hetgeen overigens werd voorgedragen tot vernietiging ambtshalve van het arrest waarvan beroep en verwijzing van de zaak naar een aangrenzend Gerechtshof ter afdoening op het bestaande hooger beroep.

Arrest H. R. van 25 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van A. H. d. R., oud 13 jaren, zonder beroep, geboren en wonende te Arnhem, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van den 27[en] Dec. 1900 waarbij, op het door den Officier van Justitie en den requirant ingesteld hooger beroep, werd bevestigd het vonnis van de Arr.-Rechtb. te Arnhem van 13 Nov. 1900, bij welk vonnis requirant met toepassing van de artt. 314, 315 sub 2°, 311 sub 4° en 5°, 38 en 39 van het W. v. Sr. en van de artt. 214 en 221 van het W. v. Sv., werd schuldig verklaard aan: „strooperij door twee „vereenigde personen, waarbij de schuldige zich den „toegang tot de plaats des misdrijfs heeft verschaft „door middel van inklimming, gepleegd door een „kind boven den leeftijd van tien doch beneden dien „van zestien jaar, met oordeel des onderscheids", doch waarbij dit vonnis werd vernietigd wat de aan den requirant opgelegde straf betreft en hij, met toepassing van art. 23 van het W. v. Sr. werd veroordeeld tot betaling eener geldboete van tien gulden subsidiair vijf dagen hechtenis;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. van Teijlingen;

Gezien eene door den requirant ter griffie van den H. R. ingediende memorie;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz;

Overwegende, dat het beroep is aangeteekend den 27en Dec. 1900 en dat de bovenvermelde memorie ter griffie van den H. R. is ingekomen den 8en Jan 1901; dat derhalve op die memorie, als niet ingediend binnen den bij art. 358 in verband met art. 362 van het W. v. Sv., gestelden termijn, niet kan worden gelet;

O. ambtshalve:

dat de requirant met zijnen medebeklaagde heeft terechtgestaan, ter zake, dat zij in den namiddag van den 7en Aug. 1900, omstreeks half vijf uur, te Arnhem — na te zamen het plan te hebben opgevat om uit den tuin van den heer C. Ph. W. K. vruchten weg te nemen en zich deze samen wederrechtelijk toe te eigenen — zich te zamen naar voormelden tuin hebben begeven, alwaar de eerste beklaagde (requirants medebeklaagde) ter uitvoering van hun plan en ter voldoening aan die te voren gemaakte afspraak, over den muur, waarmede gemelde tuin is afgesloten, is geklommen en uit dien tuin eenige nog aan den boom hangende en aan genoemden heer K., althans aan een ander dan aan hen, beklaagden, toebehoorende perziken heeft afgeplukt en weggenomen, met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening — terwijl de tweede beklaagde (deze requirant) hetzij met evenvermeld oogmerk eveneens ter uitvoering van de door hen te voren gemaakte afspraak, vlak bij dien muur op wacht is blijven staan, ten einde te kunnen waarschuwen, wanneer zich onraad voordoen mocht, hetzij, nadat de eerste beklaagde weer uit den tuin

met eenige door hem gestolen perziken was gekomen, opzettelijk een of meer dezer vruchten, van welke hij wist, dat ze door den eersten beklaagde waren gestolen, van dezen als geschenk heeft aangenomen;

O., dat in het, door het arrest in zóó verre bevestigde vonnis, ten aanzien van dezen requirant, van de dezen alternatief ten laste gelegde feiten het in de eerste plaats genoemde, alsmede zijne schuld daaraan wettig en overtuigend bewezen is verklaard, op grond van de aanwijzingen, voortvloeiende uit de in het vonnis vermelde erkentenis van den requirant en getuigenverklaringen, door welke bewezenverkaring, naar 's rechters oordeel, het onderzoek naar het al of niet bewezene van het den requirant in de tweede plaats ten laste gelegde feit kwam te vervallen;

O., dat derhalve ten aanzien van dezen requirant is bewezen verklaard, dat hij op tijd en plaats in de dagvaarding vermeld, na te zamen met zijnen medebeklaagde het daarbij omschreven plan te hebben opgevat, zich met hem naar den bedoelden tuin heeft begeven, alwaar hij, requirant, op wacht is blijven staan op de wijze en met het doel zooals dit nader in de dagvaarding is uiteengezet;

O., dat in het bevestigde vonnis de requirant op grond van die bewezen feiten ten onrechte als mededader is aangemerkt en daaraan evenzeer ten onrechte is gegeven de qualificatie aan het hoofd van dit arrest vermeld;

O. toch, dat, waar de bewezen verklaarde deelneming aan de te zamen met een ander voorgenomen strooperij uitsluitend bestaan heeft in het op wacht staan bij de plaats waar het misdrijf door den tweeden persoon werd gepleegd, ten einde te kunnen waarschuwen, wanneer zich onraad mocht voordoen, en

geen feiten zijn ten laste gelegd die aanduiden, dat er eene rechtstreeksche deelneming aan de strooperij heeft plaats gehad, slechts spraak kan zijn van een opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf, en mitsdien van medeplichtigheid dàaraan;

O., dat derhalve bij het bestreden arrest en het daarbij bevestigde vonnis, met verkeerde toepassing van art. 311 4° en art. 47 van het W. v. Strafr., is geschonden art. 48 van laatstgemeld Wetboek;

Vernietigt uit dien hoofde het bestreden arrest en het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Arnhem van 13 Nov. 1900, doch alleen wat de daarbij aan het bewezen verklaarde feit gegeven qualificatie en de opgelegde straf aangaat;

In zooverre ten principale recht doende krachtens art. 105 der Wet op de R. O.;

Gezien art. 315, 2° in verband met de artt. 311 5°, 48, 23, 38 en 39 van het W. v. Strafr.;

Qualificeert voormeld feit als: het opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van strooperij, waarbij de schuldige zich den toegang tot de plaats des misdrijfs heeft verschaft door middel van inklimming, gepleegd door een kind boven den leeftijd van tien doch beneden dien van zestien jaren, met oordeel des onderscheids;

Verklaart den requirant daaraan schuldig;

Veroordeelt hem te dier zake tot eene geldboete van drie gulden;

Bepaalt, dat de boete, zoo de veroordeelde haar niet betaalt binnen twee maanden nadat dit arrest kan worden ten uitvoer gelegd, zal worden vervangen door hechtenis van drie dagen.

§ 71.

CONCESSIE. — OVEREENKOMST TUSSCHEN DE WATERGRAAFSMEER EN NIEUWER-AMSTEL. — WATERLEIDING. — OVERGANG (KRACHTENS ART. 3 DER WET VAN 20 MAART 1896 STBL. NO. 39) VAN DE WATERLEIDING VAN NIEUWER AMSTEL AAN AMSTERDAM.

Onder hetgeen krachtens art. 3 der wet van 20 Maart 1896 (Stbl. no. 39) van de gemeente Nieuwer-Amstel is overgegaan aan de gemeente Amsterdam kan niet verstaan worden al wat in dat art. wordt genoemd, alleen als stoffelijke voorwerpen, maar ook de met het bezit en gebruik daarvan verbonden rechten en verplichtingen.

Waar alzoo met de waterleiding ook de tusschen deze partijen aangegane concessieovereenkomst van 10 Maart 1888, waarbij aan de gemeente Nieuwer-Amstel het recht verleend is om ten behoeve van de waterleiding buizen te leggen en te hebben in de gronden van de Watergraafsmeer met de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen, van de gemeente Nieuwer-Amstel op de gemeente Amsterdam is overgegaan, volgt hieruit, dat in die overeenkomst de gemeente Amsterdam is getreden in de plaats van de gemeente Nieuwer-Amstel en de rechtsopvolgster van deze is geworden.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Het waterschap de Watergraafsmeer heeft aan de gemeente Nieuwer-Amstel bij overeenkomst van 10 November 1888 het recht verleend om voor eene aan te leggen waterleiding buizen te leggen en te hebben in de gronden van de Watergraafsmeer, met bepaling, in art. 10 dier overeenkomst, dat deze gemeente

daarvoor *f* 15000.— zou betalen, „met dien verstande, dat die som met *f* 5000.— wordt verhoogd zoodra door anderen dan door de gemeente Nieuwer-Amstel van de vergunning gebruik wordt gemaakt". Blijkens art. 3 der wet van 20 Maart 1896 (Stbl. nº. 39), tot verandering van de grens tusschen de gemeente Amsterdam en o. a. de gemeente Nieuwer-Amstel, is bedoelde waterleiding »met alle daartoe behoorende zaken" aan Amsterdam overgegaan.

En nu hebben Dijkgraaf en Hoogheemraden van den Watergraafsmeer, op grond dat thans de gemeente Amsterdam van de omschreven vergunning gebruik maakt, en alzoo de voorwaarde is vermeld, waaronder de gemeente Nieuwer-Amstel zich jegens de Watergraafsmeer verbond tot betaling van *f* 5000.— eene vordering tot betaling van deze som tegen voornoemden gemeente ingesteld.

Bij vonnis der Rechtbank te Amsterdam dd. 17 Mei 1898 werd die vordering aan de eischende partij toegewezen, en dit vonnis werd bij het nu bestreden arrest van het Gerechtshof te Amsterdam bevestigd.

Tegen dit arrest wordt door den eischer in cassatie het volgende middel aangevoerd: „Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 3, 5, 6, 7 der wet van 20 Maart 1896 (Stbl. no. 39), 1354 Burgerlijk Wetboek, omdat het Hof beslist dat de bewuste verplichting niet is overgegaan op de gemeente Amsterdam, hoewel tot de waterleiding met alle daartoe behoorende zaken ongetwijfeld mede behoort de concessie-overeenkomst, krachtens welke de waterleidingsbuizen werden aangelegd en de gemeente Amsterdam de buizen heeft in de gronden van Watergraafsmeer, en de bewuste verplichting eene der voorwaarden van die concessie-overeenkomst uitmaakt, en daaruit tevens

volgt, dat de aan Nieuwer-Amstel opgevolgde gemeente Amsterdam niet kan worden aangemerkt, als een ander die van de vergunning gebruik maakt, zoodat ook het geval niet bestaat, waarin de uitkeering moet geschieden."

Er zijn in dit middel twee stellingen neergelegd. Bij de beoordeeling van het al of niet juiste der *eerste*, komt alles aan op de uitlegging van art. 3, 1e lid, der wet van 20 Maart 1896. De vraag of de *tweede* stelling gegrond is, moet worden getoetst aan de *feitelijke* uitlegging, door het Hof aan art. 10 der genoemde overeenkomst gegeven.

Ad 1 um. Wat zegt art. 3 der gemelde Wet? Het luidt in zijn 1e lid aldus: „De op voornoemd grondgebied gelegen aan de gemeente Nieuwer-Amstel toebehoorende gebouwde en ongebouwde eigendommen, alsmede de waterleiding *een en ander met alle daartoe behoorende zaken, ook in andere gemeenten*, gaan over aan de gemeente Amsterdam".

Voor deze speciale wet bestaat er m. i. geen aanleiding om aan het woord „zaken" de *technische* beteekenis te geven, die daaraan in het Burgerlijk Wetboek, bepaaldelijk in art. 555, wordt toegekend.

Juister komt het mij voor dit woord te nemen in den zin, waarin het in de taal van het *dagelijksch leven* wordt opgevat. En dan is het, dunkt mij, niet twijfelachtig dat daar dat woord iets *materieels*, iets *lichamelijks* aanduidt, en alzoo niet eene *verplichting* om te betalen.

Men lette echter hier zeer bijzonder op het *verband*, waarin het woord „*zaken*" in bedoelde alinea van art. 3 voorkomt. Er staat daar: „gebouwde en ongebouwde eigendommen, alsmede de waterleiding, *een en ander* met alle daartoe behoorende zaken, *ook in andere gemeenten*". Blijkens de uitdrukking „*een en ander*'

wordt dus niet bij uitsluiting in die alinea gesproken van de „zaken" aan de *waterleiding*, maar ook van die aan de *gebouwde en ongebouwde eigendommen* behoorende. En al moge nu aan de *waterleiding* eene bepaalde verplichting zijn verbonden, zoo kan het bestaan daarvan toch bezwaarlijk worden verondersteld t. a. der *gebouwde en ongebouwde eigendommen*, nog wel, gelijk de wet zegt, ook in *andere* gemeenten gelegen. M. i. kan de wetgever hier op niets anders dan op iets *materieels*, iets *lichamelijks* het oog hebben gehad, en doet men aan de uitdrukking „*zaken*" geweld aan door de natuurlijke beteekenis van dit woord tot eene ruimere te verwringen, waarbij ook voor eene *verplichting* plaats is.

Naar het mij voorkomt, is hiermede alles gezegd. Intusschen kan nog gewezen worden op de omstandigheid, dat in het artikel *eerst de baten en daarnade lasten* worden opgesomd, die van Nieuwer-Amstel op Amsterdam zijn overgegaan, terwijl van de bedoelde som onder de *lasten* met geen woord wordt melding gemaakt. En nu moge die opsomming niet volledig zijn, gelijk door den geëerden pleiter van eisch wordt beweerd, met verwijzing naar eenige verdere artikelen der wet, zoo is hij toch in gebreke gebleven aan te toonen, dat in een dier verdere artikelen wel van de verplichting tot betaling der genoemde som gewag wordt gemaakt.

Ad 2um Bij de 2e stelling wordt beweerd, dat het geval niet bestaat, waarin de uitkeering van ƒ5000.— moet geschieden omdat de gemeente Amsterdam aan de gemeente Nieuwer-Amstel is opgevolgd, en dus niet kan worden aangemerkt als een *ander*, die van de vergunning gebruik maakt.

Hier stuit men echter op de uitlegging, door het Hof aan art. 10 der meergenoemde overeenkomst ge-

geven, eene uitlegging, die natuurlijk *feitelijk* is. Het Hof namelijk overweegt: „dat deze uitlegging (t. w. die, welke door den tegenwoordigen eischer in cassatie aan art. 10 der bedoelde overeenkomst is gegeven) daarom is onjuist, omdat de woorden van art. 10 zijn duidelijk, en de verplichting om *f* 5000.— te betalen ***alleen hiervan*** afhankelijk is gesteld, of ***door anderen dan Nieuwer-Amstel*** van de vergunning wordt gebruik gemaakt, terwijl ***geen onderscheid is gemaakt*** of dit gebruik door anderen is het gevolg van een wet of van eene overeenkomst, was gedwongen of vrijwillig". En dan maakt het Hof uit deze feitelijke uitlegging de daaruit noodzakelijk volgende conclusie:

„dat dus, nu vaststaat dat ***Amsterdam*** en ***niet Nieuwer-Amstel***, ten tijde van de dagvaarding, van de vergunning gebruik maakte, het geval van de besproken clausule aanwezig is, en Nieuwer-Amstel dus te recht is veroordeeld tot betaling der in dit geval verschuldigde *f* 5000."

Het middel is dus m. i. in zijn beide stellingen ongegrond, zoodat ik de eer heb te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer qq. in de kosten.

Arrest H. R. van 29 Maart 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. Gregory, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, tot enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat de tegenwoordige verweerders tegen den tegenwoordigen eischer in zijne hoedanigheid hebben ingesteld eene vordering tot betaling van *f* 5000.— op grond van art. 10 van de den 10 Nov. 1888

tusschen Dijkgraaf en Hoogheemraden van de Watergraafsmeer en de gemeente Nieuwer-Amstel aangegane overeenkomst, waarbij eerstgenoemde aan laatstgenoemde hebben verleend het recht tot het leggen en hebben in de gronden, wegen en wateren, aan het Hoogheemraadschap behoorende, van waterleidingsbuizen ten behoeve van den aanleg en de exploitatie van eene drinkwaterleiding in de gemeente Nieuwer-Amstel en in die gemeenten, welke aan het buizennet van Nieuwer-Amstel zouden worden aangesloten; — volgens welk art. 10 de gemeente Nieuwer - Amstel voor die vergunning aan het Hoogheemraadschap van de Watergraafsmeerzou betalen de som van *f* 15000. — „met dien verstande, dat die som met *f* 5000. — wordt verhoogd, zoodra door anderen dan door de gemeente Nieuwer - Amstel van de vergunning gebruik wordt gemaakt"; — bewerende de verweerders, dat dit geval aanwezig is, daar, ingevolge art. 3 der wet van 20 Maart 1896 (Stbl. nº. 39), tot verandering van de grens tusschen de gemeente Amsterdam en o. a. de gemeente Nieuwer - Amstel, bedoelde waterleiding aan de gemeente Amsterdam is overgegaan en deze van de voorschreven vergunning gebruik maakt;

O., dat de tegenwoordige eischer in zijne hoedanigheid de niet-ontvankelijkheid van de tegenwoordige verweerders in deze hunne vordering tegenover den tegenwoordigen eischer heeft beweerd, op grond dat door en ten gevolge van de aangehaalde wet van 20 Maart 1896 (Stbl. nº. 39), niet meer de gemeente Nieuwer-Amstel, doch de gemeente Amsterdam uit de bedoelde overeenkomst van 10 Nov. 1888 jegens de tegenwoordige verweerders verbonden is; — doch dat bij vonnis der Arr.-Rechtbank te Amsterdam, in hooger beroep bevestigd bij het bestreden arrest van

het Gerechtshof te Amsterdam van 2 Febr. 1900, de tegenwoordige verweerders in hunne vordering ontvankelijk zijn verklaard en hun die is toegewezen;

O., dat als middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1, 3, 5, 6 en 7 der wet van 20 Maart 1896 (Stbl. no. 39), 1354 van het B. W., omdat het Hof beslist, dat de bewuste verplichting niet is overgegaan op de gemeente Amsterdam, hoewel tot de waterleiding met alle daartoe behoorende zaken ongetwijfeld mede behoort de concessie-overeenkomst, krachtens welke de waterleidingsbuizen werden aangelegd en de gemeente Amsterdam de buizen heeft in de gronden van Watergraafsmeer, en de bewuste verplichting eene der voorwaarden van die concessie-overeenkomst uitmaakt, en daaruit tevens volgt dat de aan Nieuwer-Amstel opgevolgde gemeente Amsterdam niet kan worden aangemerkt als een ander, die van de vergunning gebruik maakt, zoodat ook het geval niet bestaat, waarin de uitkeering moet geschieden;

O., dat ingevolge art. 3 van de genoemde wet van 1896, waarbij een gedeelte van het grondgebied van de gemeente Nieuwer-Amstel bij dat van de gemeente Amsterdam is gevoegd, in de gevolgen van dien overgang voor de beide gemeenten zijn geregeld, de op het overgegane grondgebied gelegen, laatstelijk aan de gemeente Nieuwer-Amstel toebehoorende „gebouwde en ongebouwde eigendommen, alsmede de waterleiding, een en ander met alle daartoe behoorende zaken, ook in andere gemeenten", zijn overgegaan aan de gemeente Amsterdam;

O., dat onder hetgeen aldus is overgegaan niet kan verstaan worden al hetgeen in het artikel genoemd wordt, alleen als stoffelijke voorwerpen, maar ook de

met het bezit en gebruik daarvan verbonden rechten en verplichtingen;

O., dat evenals dit het geval is ten aanzien van „de gebouwde en ongebouwde eigendommen," waarmede casu quo ook zijn overgegaan de betrekkelijke huurovereenkomsten, erfdienstbaarheden en dergelijke, zulks ook geldt ten aanzien van „de waterleiding", waarmede niet alleen bedoeld kunnen zijn de gebouwen en buizen, maar ook, en wel in de eerste plaats, het recht om die waterleiding te hebben en al wat hiervan het uitvloeisel is; — daar anders de vraag zou rijzen, waaraan de gemeente Amsterdam het recht daartoe, bepaaldelijk om de buizen te hebben in de gronden van de Watergraafsmeer, zou ontleenen;

O., dat dienovereenkomstig bij nota van wijziging van de Regeering in het derde lid van art. 3 van het oorspronkelijk wetsontwerp aan de geldleeningen van Nieuwer-Amstel, die door Amsterdam zouden worden overgenomen, is toegevoegd een leening groot *f* 24000.— met deze toelichting: „De leening ad *f* 24000.— is geheel besteed, deels voor aankoop van grond voor bovengemelden schoolbouw (op het overgaand gedeelte), deels voor de doortrekking der waterleiding tot Amstelveen. Laatstgenoemd werk is wel is waar niet ten behoeve van het overgaand gedeelte der gemeente aangelegd, doch aangezien de geheele waterleiding aan de gemeente Amsterdam overgaat, behoort zij ook de ten behoeve van dat werk aangegane leening voor hare rekening te nemen" (Handelingen Staten-Gen. $189^5/_6$, bijlage n° 25. 7 bladzijden 15 en 17);

O., dat de overgang van de waterleiding met al de daarmede verbonden rechten en verplichtingen ook uitgesproken is in art. 6 der wet, volgens hetwelk de gemeente Amsterdam gehouden is alle ver-

plichtingen van de gemeente Nieuwer-Amstel als eigenares van de waterleiding na te komen ten aanzien van die perceelen die op één Febr. 1895 daaraan waren aangesloten; — en ten grondslag ligt aan de bepaling van art. 7 der wet, dat alle kadastrale en andere stukken uitsluitend betrekking hebbende op het overgaande grondgebied en op hetgeen volgens art. 3 aan de gemeente Amsterdam overgaat, aan haar worden uitgekeerd;

O., dat waar alzoo, ingevolge art. 3 der wet van 1896, met de waterleiding, ook de tusschen deze partijen aangegane concessie-overeenkomst van 10 Maart 1888, waarbij aan de gemeente Nieuwer-Amstel het recht verleend is om ten behoeve van die waterleiding buizen te leggen en te hebben in de gronden van de Watergraafsmeer, met de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen, van de gemeente Nieuwer-Amstel op de gemeente Amsterdam is overgegaan, hieruit volgt, dat in die overeenkomst de gemeente Amsterdam in de plaats is getreden van de gemeente Nieuwer-Amstel, en de rechtsopvolgster van deze is geworden;

O., dat mitsdien de tegenwoordige verweerders de nakoming van eene verplichting, welke uit die overeenkomst zou voortvloeien, en door den overgang van de waterleiding van Nieuwer-Amstel op Amsterdam zou zijn ontstaan, niet van de gemeente Nieuwer-Amstel hebben kunnen vorderen en derhalve niet-ontvankelijk zijn in hunne tegen den eischer in zijne hoedanigheid te dezer zake ingestelde vordering;

O., dat mitsdien het middel van cassatie in zijne eerste stelling is gegrond, en de tweede buiten beschouwing kan blijven;

Vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Amster-

dam van 2 Febr. 1900, alsmede het daarbij bevestigde vonnis der Arr.-Rechtbank te Amsterdam van 17 Mei 1898, beide in deze zaak tusschen partijen gewezen;

Verklaart de verweerders in cassatie, oorspronkelijk eischers, niet-ontvankelijk in hunne bij dagvaarding van 23 Febr. 1897 tegen den eischer in cassatie, oorspronkelijk gedaagde, in zijne hoedanigheid ingestelde vordering;

Veroordeelt de verweerders in cassatie in al de kosten van het geding.

§ 72.

REVISIE. — WEDERSPANNIGHEID EENIG LICHAMELIJK LETSEL TEN GEVOLGE HEBBENDE.

Waar het lichamelijk letsel als gevolg van het gepleegd verzet vaststaat, wordt voor de toepasselijkheid van art. 181, n° 1 Strafrecht niet vereischt, dat de dader dat gevolg gewild heeft.

Afwijzing van het verzoek om revisie omdat de verder ter ondersteuning daarvan aangevoerde omstandigheden niet den bij art. 375 Strafv. bedoelden ernstigen twijfel aan de juistheid der gevallen uitspraak doen ontstaan.

Arrest H. R. van 1 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Gezien het verzoekschrift van J. v. D. te Brouwershaven tot herziening van het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 13 September 1900, waarbij hij wegens wederspannigheid werd veroordeeld tot gevangenisstraf van twee maanden;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen. in zijne vordering, dat het den Hoogen Raad moge behagen, alvorens eene eindbeslissing op het verzoek te geven, te bevelen, dat er naar het bestaan van de eerste als „novum" opgegeven omstandigheid een nader onderzoek zal worden ingesteld en dat onderzoek op te dragen, hetzij aan een Raadsheer-Commissaris daartoe uit zijn midden te benoemen, hetzij aan een lid eener Rechtbank, die van deze zaak nog geen kennis heeft genomen, alles met last dat ná afloop van dit onderzoek zal gehandeld worden, zooals bepaald is bij de derde zinsnede van art. 379 van het W. v. Sv.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat de verzoeker bij het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van den 13 Sept. 1900, door bevestiging in zooverre van het vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Zierikzee van den 15en, Juni 1900, werd schuldig verklaard aan de bewezen feiten dat hij „in den nacht van 27 op 28 April 1900 „te Brouwershaven wederrechtelijk in de gelagkamer „en woning bij J. K. in gebruik vertoevende, op „de herhaalde vordering hem door of van wege den „rechthebbende J. K. gedaan om uit die gelagkamer „en woning te vertrekken, zich niet aanstonds daaruit „heeft verwijderd en zich met geweld, immers door „gewelddadig rukken en trekken met handen en voe- „ten zich vastklemmen en tegenworstelen, heeft ver- „zet tegen de aldaar surveilleerenden gemeenteveld- „wachter L. van 't H. die in de rechtmatige uit- „oefening zijner bediening hem op verzoek van en „in vereeniging met J. K. had vastgenomen om hem „van de trap naar beneden en uit die woning te ver- „wijderen, vervolgens opzettelijk dien veldwachter, die

„hem nog steeds belette andermaal naar boven tot en „in de gelagkamer binnen te dringen, op de trap, „geweldadig vastgegrepen, getrokken en ter neder- „gerukt heeft, een en ander gepleegd hetzij om dien „veldwachter te mishandelen, hetzij om dezen te beletten „hem uit die gelagkamer en woning verwijderd te „houden, ten gevolge van welke geweldadige feitelijkhe- „den die veldwachter van de trap naar beneden tegen „den grond geslagen en bloedig verwond is";

dat deze feiten zijn gequalificeerd als 1° het in de woning bij een ander in gebruik wederrechtelijk vertoevende zich niet op de vordering van den rechthebbende aanstonds te verwijderen, 2° wederspannigheid eenig lichamelijk letsel ten gevolge hebbende, — en de verzoeker werd veroordeeld tot gevangenisstraf van twee maanden; — terwijl het Gerechtshof voorts niet bewezen verklaarde, dat hij in de bovengelagkamer en woning van J. K. wederrechtelijk was binnengedrongen, hetgeen in het hoofd der dagvaarding mede was ten laste gelegd, en hem met wijziging van het vonnis der Rechtbank op dat punt in zooverre vrijsprak;

O, dat de herziening van die uitspraak door den verzoeker wordt gevraagd, op grond: 1° dat C. van S., schipper te Brouwershaven, gezien heeft, dat de gemeente veldwachter te Brouwershaven hem J. van D., die met den rug naar de trap en daarvan op den rand stond, bij de borst greep, achteruit duwde, waardoor deze zijn evenwicht verloor en om niet te vallen den veldwachter vastgreep en toen beiden de trap af naar beneden vielen;

O., dat deze verklaring van C. van S., die voor de Rechtbank en het Hof niet als getuige is gehoord, alleen betreft de weerspannigheid, ter zake waarvan

de verzoeker mede werd veroordeeld, en volgens die verklaring de verzoeker den veldwachter bij de trap niet met opzet zoude hebben vastgegrepen en terneder gerukt, en hij het vallen van de trap, waardoor de veldwachter verwond werd, niet zoude hebben gewild;

dat echter daardoor noch het gewelddadig verzet tegen den veldwachter gepleegd toen deze den verzoeker uit de gelagkamer en woning waar hij zich wederrechtelijk bevond, verwijderde en hem belette weder naar boven en in de gelagkamer binnen te dringen, noch het vallen van de trap, waardoor de veldwachter werd verwond ten gevolge van dat verzet wordt weersproken;

dat toch, al heeft de verzoeker den veldwachter alleen vastgegrepen om zelf niet te vallen en zij daardoor van de trap gevallen zijn, niettemin het verzet blijft vaststaan en het lichamelijk letsel daarvan het gevolg was, terwijl de omstandigheid, dat de verzoeker den veldwachter bij de trap niet heeft aangegrepen en niet het opzet had hem van de trap te doen vallen, zoodat diens verwonding niet aan zijn opzet is te wijten, niet kan afdoen voor de toepassing van art. 181 n_o. 1 van het W. v. Sr., omdat, waar het lichamelijk letsel als gevolg van het gepleegd verzet vaststaat, voor de toepasselijkheid van dat artikel niet wordt vereischt, dat de dader dat gevolg heeft gewild;

O., dat hieruit volgt, dat de aangevoerde verklaring niet zoude kunnen leiden tot vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging, noch tot toepasselijkverklaring van eene minder zware strafbepaling, zoodat zij volgens art. 375 van het W. v. Sv. geen grond kan geven tot herziening;

O., dat de aanvrage zich verder grondt op de omstandigheden:

2o dat de Burgemeester der gemeente Duivendijke omtrent genoemden veldwachter zoude hebben verklaard, dat diens optreden bij voormelde gelegenheid zeer ongepast was;

3o dat die veldwachter destijds niet zoude zijn geweest in normalen toestand, omdat hij naar het getuigenis van twee personen zich buitengewoon aan dranken zoude hebben tegoed gedaan;

O., dat geen dezer omstandigheden van zoodanigen aard is, dat zij den bij art. 375 van het W. v. Sv. bedoelden ernstigen twijfel aan de juistheid der gevallen uitspraak doet ontstaan, — en ook deze dus geen grond tot herziening kunnen opleveren, zoodat de aanvrage niet voldoende gerechtvaardigd is;

Gezien de artt. 375 en 378 van het W. v. Sv.:

Wijst het verzoek tot herziening af.

§ 73.

VALSCHEID IN GESCHRIFT. — LOOPENDE PRIJS. — ART. 32 DER WET VAN 20 APRIL 1895 (STBL. 54). — MOTIVEERING.

„Loopende prijs" in den zin van art. 32 der wet van 20 April 1895 (Stbl. no. 54).

Het ontbreken van eene uitdrukkelijke beslissing des rechters, dat de prijs in de valsche stukken lager was gesteld dan de wettelijke „loopende" prijs, heeft niet ten gevolge onvoldoende motiveering der beslissing, dat door het van de stukken gemaakt gebruik nadeel kon ontstaan.

Immers waar vaststaat, dat de verificateurs de goederen hadden aangehouden wegens te lage aangifte, staat tevens vast, dat zij den loopenden prijs dier goederen,

wettelijken maatstaf voor beide partijen, hooger oordeelden dan het schijnbaar naar dien maatstaf aangegeven cijfer.

Onder de hier gebleken omstandigheden was het punt van onderzoek niet de invloed eener factuur op het vaststellen van den loopenden prijs, maar de invloed, dien overlegging van facturen kan hebben op het oordeel der administratie omtrent dien prijs en daardoor op haar besluit omtrent het volharden bij de gedane aanhouding.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Deze requiranten zijn schuldig verklaard aan twee feiten van valschheid in geschrift, omdat zij hebben doen opmaken twee aan de belasting-administratie ingediende valsche facturen betreffende door hem uit het buitenland ontvangene goederen, ter staving van hunne opgave van de waarde dier goederen, zooals die gedaan was in verband met de berekening van het naar de waarde verschuldigde invoerrecht.

In cassatie wordt nu met vier middelen opgekomen tegen de motiveering van de mogelijkheid van nadeel uit deze handelingen voortvloeiende. Daaromtrent bevat het te dezen aanzien in appel bevestigde vonnis der Rechtbank te Amsterdam de volgende overweging:

„dat de administratie (der belastingen) welke voor „de berekening van den in art. 3 der wet van 20 „April 1895 (Stbl. 54) bedoelden loopenden prijs aan „geen enkel bewijsmiddel is gebonden, ter bepaling „daarvan onder normale omstandigheden allicht te „rade zal gaan met den prijs die blijkens de factuur „door den fabrikant aan den aangever is in rekening „gebracht.

„dat derhalve het inleveren van eene factuur waarin

„zooals hier de prijzen der goederen valschelijk lager „zijn gesteld dan in de van den verkooper afkomstige „echte factuur, ten gevolge kan hebben dat de Staat der Nederlanden minder aan inkomende rechten ontvangt dan waarop hij in werkelijkheid recht had".

Het eerste middel van cassatie nu luidt: Schending of verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 junctis 246 en 247 van het Wetboek van Strafvordering, door het vonnis der Rechtbank te bevestigen, schoon dat vonnis geen wettig bewezen feiten inhoudt, op grond waarvan het de mogelijkheid van nadeel aanneemt.

Het mist naar mij voorkomt eenen feitelijken grondslag, omdat door twee getuigen eene verklaring omtrent feiten, waaruit de mogelijkheid van nadeel wordt afgeleid, gegeven is, nl. door de verficateurs S. en d. J. door ieder afzonderlijk doch eensluidend „dat hij steeds wanneer onder de gemelde omstandig„heden (d. i. wanneer hij met gedane declaratie geen „genoegen heeft genomen) facturen tot staving der „aangegeven waarde worden overgelegd en hij geene „aanleiding vindt om de factuur niet te vertrouwen „zooveel waarde hecht aan de cijfers in dat stuk „uitgedrukt, omdat hij zoodanig stuk, de factuur, be„schouwt als een origineel schrifluur, afkomstig van „een ander dan de belanghebbende in deze, dat hij „dan zijn hoogere taxatie laat vallen en zich bij de „overeenkomstig de factuur aangegeven waarde neerlegt „en deze dan in zijne overeenkomstig de wet te nemen „definitieve beslissing overneemt en de voorloopig „aangehouden goederen vrijlaat".

Het tweede middel: schending of verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 junctis 246 en 247 van het Wetboek van Strafvordering, door het vonnis

der Rechtbank te bevestigen, hoewel door de Rechtbank de mogelijkheid van nadeel voor den Staat der Nederlanden is aangenomen zonder te onderzoeken of, — veel minder bewezen te hebben verklaard en beslist, dat de prijs in de valsche stukken lager was gesteld dan den loopenden prijs bedoeld bij art. 32 der wet van 20 April 1895, Stb. 54, — acht ik evenzeer ongegrond. Het faalt hierin dat het zich uitsluitend vastklampt aan den loopenden prijs hier te lande als grondslag van de bepaling der waarde.

Art. 32 der wet van 1895 kent nog eenen anderen maatstaf van berekening voor goederen, waarop de bepaling van den loopenden prijs niet kan worden toegepast; volgens dezen wordt de waarde gesteld op den prijs bij aanschaffing uit de eerste hand ter plaatse van herkomst, verweerder o. a. met de kosten van emballage. Ofschoon nu de waarde door den aangever in zijne declaratie moet worden vermeld, is de vaststelling er van ten slotte het werk van de ambtenaren der administratie die, oordeelende de berekening van den loopenden prijs niet te kunnen maken, rekenen met den prijs in het land van herkomst, en daartoe uit den aard der zaak de facturen van den verkooper uit de eerste hand tot grondslag nemen.

De reeds genoemde getuigen nu verklaarden, dat zij de facturen als grondslag zouden hebben genomen, waren die niet valsch gebleken, en gaven daarmede te kennen de tweede wijze van berekening te volgen, zoodat in het vonnis niet bepaaldelijk van den loopenden prijs behoefde te worden gewaagd; men had in het algemeen te doen met de waarde, op eene der in de wet aangegevene wijze te bepalen. In het vonnis wordt dan ook min juist bij de vast-

stelling van de mogelijkheid van nadeel van den loopenden prijs alleen gesproken.

Te recht neemt het vonnis ook een feitelijk bestaand verband aan tusschen de waarde der goederen en den inhoud der factuur, nu de belastingambtenaren zelven hebben opgegeven dat de factuurprijs, hoewel hij niet bindend is voor hen, als grondslag voor de bepaling der waarde dienst doet. Ook deze ambtenaren spreken niet van den loopenden prijs, maar van de waarde. In zooverre is ook zonder feitelijken grondslag het derde cassatiemiddel:

Schending of verkeerde toepassing van artikel 32 der wet van 20 April 1895, Stbl. 54, juncto artikel 120 der wet van 26 Aug. 1822, Stbl. 38, in verband met artikel 225 van het Wetboek van Strafrecht en 247 van het Wetboek van Strafvordering, door te bevestigen de beslissing van het vonnis der Rechtbank, dat nadeel kon ontstaan voor den Staat der Nederlanden en wel door minder aan inkomende rechten te ontvangen dan waarop hij recht had — schoon deze beslissing min juist wordt gegrond op een niet wettig erkend of bestaand verband tusschen de waarde of den loopenden prijs van belastbare goederen op den dag der aangifte voor het invoerrecht en den blijkens facturen door den fabrikant in rekening gebrachten prijs.

En voor zoover dit elk feitelijk verband tusschen waarde en factuurprijs verwerpt, is het blijkens het boven betoogde ongegrond.

Om gelijke redenen acht ik ook verwerpelijk het vierde middel: Schending of verkeerde toepassing van artikel 225 van het Wetboek van Strafrecht in verband met artikel 247 Wetboek van Strafvordering, door het vonnis der Rechtbank te bevestigen, schoon.

a de in dat vonnis aangenomen mogelijkheid van nadeel geheel onbestemd en louter speculatief is;

b dat vonnis de mogelijkheid van nadeel in concreto uit het gebruik der valsche stukken aanneemt, op grond van het daarin lager stellen van de prijzen dan in de echte facturen.

Hebben werkelijk de facturen grooten invloed op de bepaling van de waarde door de ambtenaren der administratie en dus op de berekening van het aan het Rijk toekomende invoerrecht, dan is de mogelijkheid van nadeel te recht afgeleid uit het feit dat in de valsche facturen de prijzen lager gesteld zijn dan die welke in de echte facturen voorkomen; welk feit door vergelijking uit den inhoud der ter terechtzitting voorgelezene stukken vaststaat.

Bij het eerste onderdeel van het middel wordt voorts voorbijgezien, dat de wet niet nadeel maar slechts mogelijkheid van nadeel eischt. Wanneer nu de Rechtbank uit de meer genoemde verklaringen der ambtenaren dat zij, zoo zij geene reden hebben de facturen te wantrouwen, daarvoor wijken, afleidt dat de administratie allicht te rade gaat met de facturen, dan drukt zij zich voorzichtig uit, maar neemt in werkelijkheid eene voor de hand liggende mogelijkheid van nadeel aan; in casu heeft volgens de verklaringen der getuigen uitsluitend de omstandigheid, dat de valschheid der facturen hun in het oog sprong, hen tot verwerping van die stukken geleid:

Ik concludeer op grond van een en ander tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 1 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van 1° F. F. J. L., volgens zijne

opgave oud 39 jaren, van beroep koopman, geboren en wonende te Amsterdam en 2° E. Z. M. L., volgens zijne opgave oud 40 jaren, geboren en wonende te Amsterdam, van beroep koopman, requiranten van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 11 Dec. 1900, waarbij, gezien de artt. 239, 246 en 247 van het W. v. Sv., is bevestigd het vonnis, den 23en Juni bevorens door de Arr.-Rechtbank te Amsterdam in deze zaak gewezen, bij hetwelk de requiranten, met verklaring, dat geen termen aanwezig zijn om hunne gevangeneming te bevelen en vrijspraak van een gedeelte der aanklacht, zijn schuldig verklaard aan valschheid in geschrift, tweemaal gepleegd, en te dier zake, met toepassing van de artt. 225, 47 en 57 van het W. v. Sr., 214, 216, 219, 286 en 287 van het W. v. Sv., zijn veroordeeld ieder tot gevangenisstraf voor den tijd van 6 maanden, met last tot vernietiging van twee valsche stukken en uitspraak omtrent teruggaaf van de overige stukken van overtuiging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EYSSELL;

Gelet op de middelen van cassatie, namens de requiranten voorgesteld bij memorie:

I. Schending, of verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 in verband met de artt. 246 en 247 van het W. v. Sv., door het vonnis der Rechtbank te bevestigen, schoon dat vonnis geen wettig bewezen feiten inhoudt, op grond waarvan het de mogelijkheid van nadeel aanneemt;

II. Schending of verkeerde toepassing van de artt. 211 en 221 in verband met de artt. 246 en 247 van het W. v. Sv., door het vonnis der Rechtbank te bevestigen, hoewel door de Rechbank de mogelijkheid van nadeel voor den Staat der Nederlanden

is aangenomen, zonder te onderzoeken, of veel minder bewezen te hebben verklaard en beslist, dat de prijs in de valsche stukken lager was gesteld dan de loopende prijs bedoeld bij art. 32 der wet van 20 April 1895 (Stbl. nº. 54);

III. Schending of verkeerde toepassing van art. 32 der wet van 20 April 1895 (Stbl. nº. 54) jcto art. 120 der wet van 26 Aug. 1822 (Stbl. nº. 38), in verband met art. 225 van het W. v. Sr. en art 247 van het W. v. Sv., door te bevestigen de beslissing van het vonnis der Rechtbank, dat nadeel kon ontstaan voor den Staat der Ned. en wel door minder aan inkomende rechten te ontvangen, dan waarop hij recht had, — schoon deze beslissing min juist wordt gegrond op een niet wettig erkend of bestaand verband tusschen de waarde of den loopenden prijs van belastbare goederen op den dag der aangifte voor het invoerrecht en den blijkens factuur door den fabrikant in rekening gebrachten prijs;

IV. Schending of verkeerde toepassing van art. 225 van het W. v. Sr. in verband met art. 247 van het W. v. Sv., door het vonnis der Rechtbank te bevestigen, schoon:

a. de in dat vonnis aangenomen mogelijkheid van nadeel geheel onbestemd en louter speculatief is;

b. dat vonnis de mogelijkheid van nadeel, in concreto uit het gebruik der valsche stukken aanneemt op grond van het daarin lager stellen van de prijzen dan in de echte facturen;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

O., dat het beroep tegen 's Hofs arrest door de requiranten is ingesteld onbeperkt, dus ook tegen de

daarin vervatte gedeeltelijke vrijspraak, en dus in zoover is niet-ontvankelijk;

O. ten aanzien van het beroep voor zoover het ontvankelijk is:

dat het bestreden arrest, de in eersten aanleg uitgesproken en door het Hof gehandhaafde gedeeltelijke vrijspraak nog nader motiveerende, evenals de uitspraak, dat de vervaardigde geschriften bestemd waren om tot eenig bewijs te dienen, heeft bevestigd de in eersten aanleg uitgesproken veroordeeling met overneming van de gronden der Rechtbank ten aanzien van het bewijs der feiten en van de daaraan gegeven qualificatie; dat voorts bij dat arrest, hetwelk ook dit punt nog nader heeft gemotiveerd, is beslist, dat de requiranten eenige beheerende vennooten van de onder de firma B. en M. te Amsterdam gedreven handelszaak, ingevolge art. 47 no. 1 van het W. v. Sr. zijn aan te merken als daders van na te noemen feiten, omdat zij door misbruik van het gezag, hetwelk zij over den eigenlijken pleger der strafbare handelingen als hunnen bediende uitoefenden, deze opzettelijk hebben uitgelokt door hem die handelingen op te dragen en te gelasten;

dat die handelingen naar de overgenomen beslissingen des eersten rechters in hoofdzaak hierin hebben bestaan, dat in of omstreeks het begin van Aug. 1899 der requiranten bediende K. valschelijk heeft opgemaakt (of door eenen strafrechtelijk als zijn willoos werktuig aan te merken persoon heeft doen opmaken), met het oogmerk om deze stukken als echt en onvervalscht door anderen te doen gebruiken, twee als factuur ingerichte, in het vonnis nauwkeurig omschreven geschriften, terwijl hij bij het vervaardigen daarvan valschelijk gebruik maakte van blanco

factuur-formulieren van buitenlandsche fabrikanten ofschoon K. zeer goed wist, dat de in die valsche geschriften als afzenders genoemde fabrikanten de daarin genoemde goederen niet aan de firma der requiranten verzonden hadden, noch tegen den opgegeven prijs, noch tegen eenen anderen prijs;

dat, omtrent K's oogmerk bij die vervaardiging, is beslist, dat dit was, ze door de respectieve douane-agenten, die ten dezen optraden namens de firma B. en M. te doen gebruiken tegenover de douane-ambtenaren, zijnde het K. telkens bij het vervaardigen bekend, dat de douane-agenten die geschriften zouden overleggen aan gezegde ambtenaren, omdat de goederen, waarop die geschriften betrekking hadden, door de verificateurs waren aangehouden, op grond dat de overeenkomstig de declaratiën der requiranten aangegeven waarde ter berekening van de daarop verschuldigde inkomende rechten door hen was geoordeeld te laag te zijn, en zulks om de juistheid der aangegeven waarde te staven;

dat de voorgestelde cassatiemiddelen alle zijn gericht tegen de beslissing „dat uit het gebruik van zoodanig „geschrift (voormelde als facturen ingerichte stukken) „als ware het echt en onvervalscht, tot staving eener „gedane declaratie aan de administratie der invoer„rechten overgelegd, nadeel kan ontstaan", en tegen de door het Hof van de Rechtbank overgenomen motiveering dier uitspraak, welke luidt: „dat toch die „administratie, welke voor de berekening van den in art. „32 der wet van 20 April 1895 (Stbl. n°. 54) bedoel„den loopenden prijs aan geen enkel bewijsmiddel is „gebonden, ter bepaling daarvan, onder normale om„standigheden, allicht te rade zal gaan met den prijs, „die blijkens de factuur door den fabrikant aan den

„aangever is in rekening gebracht, dat derhalve het „inleveren eener factuur waarin, zooals hier, de prij- „zen der goederen valschelijk lager zijn gesteld dan „in de van den verkooper afkomstige echte factuur, „ten gevolge kan hebben dat de Staat der Ned. min- „der aan inkomende rechten ontvangt, dan waarop „hij in werkelijkheid recht had;

O. ten aanzien van het eerste daartegen aangevoerde middel, dat daaraan de feitelijke grondslag ontbreekt;

dat immers door de bovenvermelde bewezenverklaringen en den in het vonnis opgenomen inhoud der als bewijsmiddel aangewende getuigenverklaringen, onder andere de navolgende feiten uit het vonnis blijken:

het bestaan van declaratiën afkomstig van de requiranten, bevattende eene aangifte der waarde van voor hen uit buitenlandsche fabrieken aangevoerde manufacturen aan de belasting-ambtenaren, welke moesten dienen voor de berekening der op dien aanvoer verschuldigde inkomende rechten;

het feit dat de verificateur die aangegeven waarde te laag geoordeeld en daarom de goederen aange houden hadden;

het feit dat, naar de bedoeling van den vervaardiger dier geschriften, de valsche facturen door agenten der requiranten gebruikt moesten worden om, door overlegging dier stukken aan de belasting-ambtenaren, de juistheid van vorenvermelde waardeaangifte te staven en daardoor bij hen de vrijlating der goederen te verkrijgen, en dat die facturen door voormelde agenten werkelijk met dat doel zijn aangewend;

O., dat uit dien hoofde het eerste cassatiemiddel niet kan opgaan;

O., dat de verdere middelen verband houden met art. 120 der Algemeene wet van 26 Aug. 1822 (Stbl.

n₀ 38), bepalende, dat de aangifte van goederen, onderworpen aan invoerrecht naar de waarde, onder andere moet bevatten „de waarde derzelve ieder afzonderlijk berekend volgens den loopenden prijs „hier te lande, ten tijde der aangifte, of te wel volgens „de prijscourant in art. 123 omschreven" ; en met de aanvulling dezer bepaling in art. 32 der wet van 20 April 1895 (Stbl. n°. 54), volgens hetwelk onder voorzegden loopenden prijs „verstaan wordt de som, die gerekend wordt op den dag der aangifte voor „levering hier te lande te kunnen worden bedongen „door de eerste hand in het buitenland, verminderd „met het invoerrecht volgens het tarief" en „voor „goederen op welke het vorenstaande niet kan worden toegepast . . . de waarde gesteld wordt op den prijs „bij aanschaffing uit de eerste hand ter plaatse van herkomst, vermeerderd met de kosten van emballage" enz ;

O., dat dit laatste voorschrift, bij wijze van uitzondering op het eerste gegeven slechts indien „het vorenstaande niet kan worden toegepast", aantoont den wil des wetgevers, dat de ontvanger die de ingevoerde goederen aangeeft en de ambtenaar, die aangaande de voldoende hoogte zijner aangifte heeft te beslissen, als normale grondslag hunner handelingen hebben te vinden, zoo maar eenigszins mogelijk eenen loopenden prijs ;

O. nu meer bijzonder ten aanzien van het tweede middel, dat alzoo kan worden aangenomen, dat in het hier aanwezige geval zulk een loopende prijs uitmaakte het richtsnoer, waarnaar zoowel de requiranten-aangevers als de verificateurs-beoordeelaars dier aangifte hunne gedragingen hadden te bepalen, daar immers, ingevolge den vaststaanden inhoud der facturen en verdere tot bewijs gebezigde stukken, het hier te doen

was om eenen invoer van manufacturen van dagelijksch gebruik; dat echter hieruit niet volgt dat, zooals bij dit middel wordt beweerd, het ontbreken van eene uitdrukkelijke beslissing des rechters, dat de prijs in de valsche stukken lager was gesteld dan de wettelijke loopende prijs, ten gevolge heeft onvoldoende motiveering der beslissing, dat door het van de stukken gemaakt gebruik nadeel kan ontstaan;

O. toch, dat waar vaststaat, dat de verificateurs het goed hadden aangehouden wegens te lage aangifte, tevens vaststaat, dat de verificateurs den loopenden prijs dier goederen, wettelijken maatstaf voor beide partijen, hooger oordeelden dan het schijnbaar naar dien maatstaf aangegeven cijfer; dat bij dezen stand van zaken den rechter te beslissen stond of onder de hem overigens gebleken omstandigheden de inlevering eener factuur, den valschen indruk gevende, dat de goederen door den verkooper aan den aangever werden geleverd tegen lage prijzen, de verificateurs kan brengen tot de meening, dat hun aanvankelijke waardebepaling te hoog was geweest, en daarentegen de met factuur overeenstemmende waardebepaling van den aangever beantwoordde aan den wettelijken maatstaf;

O., dat indien de voorschreven overlegging daartoe het [middel kon zijn, die overlegging ten gevolge kan hebben nadeel voor den Staat;

dat immers naar het bij voormelde wet van 1895 bepaalde, de verificateurs, die aanvankelijk eene aangifte te laag hebben geoordeeld (dat is in een geval als hier gedaan beneden den door hen aan het goed toegekenden loopenden prijs) en daarom dat goed niet aanstonds hebben doen. volgen aan den aangever, na verloop van den termijn, bepaald bij het derde lid van art. 1

hebben te nemen eene schriftelijke ten kantore der invoerrechten neder te leggen beslissing, de al of niet afgifte der goederen medebrengende, terwijl afgifte het gevolg heeft, dat aan de schatkist elk middel ontbreekt om zich eene hoogere som aan invoerrecht dan het naar de aangifte te berekenen bedrag te doen betalen; dat alzoo, indien die afgifte bij de verificateurs bewerkt wordt door middel van valsche stukken, die stukken eene voor den Staat nadeelige uitwerking hebben en hunne aanwending dus de mogelijkheid van zoodanig nadeel doet ontstaan;

dat nu de Rechtbank eene door dit middel te verkrijgen wijziging van het oordeel der verificateurs omtrent den loopenden prijs en hunne daarop berustende voorloopige aanhouding van het goed, mogelijk oordeelt wegens de door haar met „allicht" uitgedrukte — waarschijnlijkheid, door haar overeenkomstig de getuigenverklaringen der verificateurs aangenomen, dat de administratie bij het bepalen harer gedragslijn zal te rade gaan met den uit de factuur blijkenden prijs, den aangever door den fabrikant in rekening gebracht;

dat de waarschijnlijkheid van dit „te rade gaan", dat is in aanmerking nemen, in cassatie niet kan worden onderzocht en, door den hiertoe bevoegden rechter als bestaande aangenomen, in zich sluit, dat dan de bevindingen uit de factuur van invloed zijn op het nadere besluit der verificateurs omtrent de aannemelijkheid der aangifte, en kunnen leiden tot alsnog genoegen nemen met die aangifte en daaruit volgende vrijlating der goederen, ook al is die aangifte geschied beneden den loopenden prijs;

dat alzoo door de aangehaalde overwegingen, welker feitelijke juistheid in cassatie niet kan worden onder-

zocht, gerechtvaardigd wordt de daarop gebouwde slotsom der Rechtbank, dat de inlevering eener valsche factuur ten gevolge kan hebben „dat de Staat der „Nederlanden minder aan inkomende rechten ontvangt dan waarop hij in werkelijkheid recht had";

O., dat voor de toepassing van art. 225 van het W. v. Sr. niet behoeft te blijken, dat uit het gebruik van valsche stukken nadeel is gevolgd, maar slechts, dat daardoor onder de overigens gebleken omstandigheden nadeel kan ontstaan, dat uit de door de Rechtbank gegeven beslissingen, die concrete mogelijkheid voortvloeit ook zonder dat daartoe, zooals bij het tweede cassatiemiddel is beweerd, vereischt werd eene uitdrukkelijke vaststelling hoe groot de wettelijke loopende prijs van het aangehouden goed was;

O., dat uit de voorafgaande overwegingen tevens volgt de onaannemelijkheid van het derde cassatiemiddel wegens gemis van feitelijken grondslag;

dat toch de Rechtbank geenszins hare beslissing heeft gegrond op eenig wettig erkend of bestaand verband tusschen den loopenden prijs van belastbare goederen op den dag der aangifte en den factuurprijs van den fabrikant aan den aangever, dewijl hare overwegingen alleen raken den mogelijken feitelijken invloed van dien factuurprijs op de waardebepaling van het goed door de verificateurs, op het oordeel dier ambtenaren aangaande den loopenden prijs en de mogelijkheid, dat de administratie door den inhoud der factuur van dit haar aanvankelijk oordeel wordt teruggebracht, waar zij over het volharden bij eene aanhouding van ingevoerd goed heeft te besluiten;

O., aangaande het vierde cassatiemiddel:

dat de door de Rechtbank aangenomen mogelijkheid, dat de Staat minder ontvangt aan inkomend recht, dan

waarop hij recht heeft, geenszins is, zooals beweerd wordt, geheel onbestemd en speculatief en zulk een karakter ook niet daardoor verkrijgt, dat het intreden van dit zeer stellige nadeel ten deele afhankelijk is van een „allicht", dat is slechts waarschijnlijk geoordeeld, te rade gaan met facturen;

dat ter ondersteuning van het tweede gedeelte van dit middel in hoofdzaak wordt aangevoerd, dat, met het oog op de in art. 32 der wet van 1895 aangewezen middelen tot bepaling der som, die naar dit artikel is aan te merken als „loopenden prijs", eene echte factuur met hare prijsbepaling van fabrikant tegenover aangever geen invloed kan hebben op de bepaling van dien „loopenden prijs": alzoo ook niet eene factuur met valsche prijsbepaling;

O. daaromtrent, dat onder de hier gebleken omstandigheden het punt van onderzoek niet was de invloed eener factuur op het vaststellen van den loopenden prijs, maar (zooals boven is overwogen) de invloed, dien overlegging van facturen kan hebben op het oordeel der administratie omtrent dien prijs en daardoor op haar besluit omtrent volharden bij de gedane aanhouding;

dat, zooals reeds omtrent het tweede cassatiemiddel is overwogen, niet in cassatie kan worden opgekomen tegen de juistheid der daaromtrent gegeven feitelijke beslissingen;

dat dus ook dit middel niet kan opgaan;

Recht doende:

Verklaart het beroep niet ontvankelijk, voor zoover het is gericht tegen de in het beklaagde arrest vervatte vrijspraak;

Verwerpt overigens dat beroep.

§ 74.

VRIJSPRAAK. — NIET ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP.

Indien de Rechter bij eene vrijspraak van den beklaagde geen gevolg heeft gegeven aan het voorschrift van art. 217 Strafv. betreffende de vergoeding van door de verdediging gemaakte kosten, wordt daardoor niet weggenomen, dat, bij gebreke van eene nevenbeschikking, die, afgescheiden van de vrijspraak, voor vernietiging vatbaar zou kunnen zijn, de eenige beslissing gelegen is in de vrijspraak, waartegen een gewoon beroep in cassatie niet openstaat.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Bij de herziening van het Wetboek van Strafvordering, die bij de wet van 15 Januari 1886, St. 5, haar beslag erlangde, werd de vóór dien tijd in ons Wetboek niet voorkomende bepaling van art. 217 opgenomen, waarbij in gebiedenden vorm is voorgeschreven, dat de Rechtbank bij vrijspraak beveelt, dat de kosten door beklaagde gemaakt tot dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen of deskundigen of tot het bijbrengen van stukken, met uitzondering van die kosten, welke de Rechtbank verklaart noodeloos te zijn gemaakt, den beklaagde door den staat worden vergoed.

Het bedrag dier vergoeding moet bij het vonnis worden vastgesteld.

Deze billijke voorschriften zijn, volgens het beweren van den tegenwoordigen requirant van cassatie, over het hoofd gezien bij het vonnis waarvan hij thans de vernietiging vraagt.

Na door het Kantongerecht te Amersfoort als schuldig aan de overtreding der Jachtwet tot boete of subsi-

diaire hechtenis te zijn veroordeeld werd beklaagde n hooger beroep door de Rechtbank te Utrecht, nadat hij tegenover de twee getuigen á charge zeven getuigen á décharge had gesteld, wegens gebrek aan bewijs vrijgesproken.

Tegen die vrijspraak nu heeft hij zich in cassatie voorzien, omdat art. 217 Strafv. daarbij door niet toepassing zou zijn geschonden.

De eerste vraag, die ik te beantwoorden heb, is of deze voorziening ontvankelijk is?

Ik beantwoord die vraag ontkennend.

Art. 347 Strafv. acht ik in casu een onoverkomelijk beletsel.

Het eenige wat in het dictum van het aangevallen vonnis te lezen staat, is eene zuivere vrijspraak wegens gemis aan bewijs; tegen zóódanige beslissing kan de vrijgesprokene zich niet in cassatie voorzien.

Bij uwe arresten van 25 Januari 1865, W. 2669 — 13 Mei 1872, NRSpr. 101, blz. 29 en 13 April 1896, W. 6796, is wel aangenomen, dat, *wanneer door den* rechter aan de vrijspraak gevolgen zijn verbonden, de door die gevolgen bezwaarde vrijgesprokene tegen die *nevenbeschikkingen* in cassatie kan komen, doch in het onderhavige geval is er geene nevenbeschikking en is het juist de grief van requirant, dat zoodanige nevenbeschikking niet is gegeven.

Waar ze niet is, kan ze ook niet gecasseerd worden, terwijl de éénige beslissing, die gegeven is krachtens art. 347 Strafv. in cassatie onaantastbaar is.

Op die gronden acht ik deze voorziening niet ontvankelijk.

Mocht Uw Raad daarover anders oordeelen, dan nog acht ik het middel niet aannemelijk, omdat daar-

voor in de overgelegde stukken geen feitelijke grondslag te vinden is.

De requirant stelt wel bij memorie, dat hij voor dagvaarding en schadeloosstelling van getuigen gelden heeft uitgegeven, doch ten processe blijkt daarvan niet.

Noch in het proces-verbaal der terechtzitting, noch in het vonnis wordt melding gemaakt van eenige vordering van beklaagde, om vergoeding van die kosten te erlangen, veelmin van eenige vaststelling van het bedrag dier kosten, of van eenige beslissing van den rechter omtrent de noodzakelijkheid van die kosten.

Dat er dus kosten zijn gemaakt, die aanleiding hadden behooren te geven tot toepassing van art. 217 Strafv. staat, hoe waarschijnlijk dit ook moge wezen, — ten processe in factis niet vast en de rechter in cassatie is aan de feiten gebonden en kan deze niet aanvullen.

Ook het middel acht ik dus onaannemelijk.

Gelijk gezegd komt het mij echter voor, dat de Raad daarover zelfs niet zal kunnen oordeelen, omdat de voorziening niet ontvankelijk is.

Arrest H. R. van 1 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van G. v. d. B., oud 18 jaren, arbeider, geboren en wonende te Soest, requirant van cassatie tegen een vonnis der Arr. Rechtbank te Utrecht van 31 Dec. 1900, waarbij met vernietiging van een vonnis van den Kantonrechter te Amersfoort van 23 Nov. te voren, de requirant is vrijgesproken;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gezien eene namens den requirant ingediende memorie van cassatie;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, na-

mens den Proc.-Gen., in zijne conlusie, strekkende enz.;

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het beroep:

Overwegende, dat het bestreden vonnis is gewezen op het hooger beroep, door den requirant ingesteld tegen een vonnis van den Kantonrechter te Amersfoort, waarbij hij wegens eene jachtovertreding was veroordeeld;

dat door de Rechtbank is overwogen: „dat op grond „van de tegenspraak, welke ter openbare terechtzitting „is gebleken tusschen de verklaringen van de onder „eede gehoorde relatanten W. v. A., rijksveldwachter en „J. v. H., onbezoldigd rijksveldwachter van het proces-„verbaal van 8 Oct. 1900 en de verklaringen van de ter „openbare terechtzitting onder eede gehoorde getuigen „gedagvaard van de zijde van den beklaagde, de Recht-„bank de overtuiging niet heeft verkregen, dat de beklaag-„de zich heeft schuldig gemaakt aan de feiten hem bij „de introductieve dagvaarding ten laste gelegd";

dat op dezen grond het veroordeelend vonnis van den Kantonrechter is vernietigd; voorts is verklaard dat de feiten, den beklaagde bij de dagvaarding ten laste gelegd, niet rechtens waren bewezen en de beklaagde is vrijgesproken;

dat derhalve de vrijspraak eene zoodanige is, waartegen geen andere voorziening in cassatie dan die van den Proc.-Gen. bij den Hoogen Raad in het belang der wet is toegelaten;

dat nu wel, blijkens de memorie van cassatie, de requirant niet wenscht op te komen tegen de vrijspraak en zijn grief alleen deze is, dat de Rechtbank geen gevolg heeft gegeven aan het voorschrift van art. 217 W. v. Strafvord., betreffende de vergoeding van voor de verdediging gemaakte kosten, doch hierdoor niet

wordt weggenomen, dat, bij gebreke van eene nevenbeslissing, die, afgescheiden van de vrijspraak, voor vernietiging vatbaar zou kunnen zijn, de eenige beslissing gelegen is in de vrijspraak, waartegen een gewoon beroep in cassatie niet openstaat;

Gezien art. 347 W. v. Strafvord.;

Verklaart den requirant niet-ontvankelijk in zijn beroep.

§ 75

GETUIGENVERKLARINGEN. — DESKUNDIGE (VERKLARING VAN EEN).

De bij het middel bedoelde verklaringen zijn door den ook als getuige gehoorden deskundige volgens den inhoud van het bestreden vonnis blijkbaar afgelegd in laatstgemelde hoedanigheid.

Het middel kan dus niet tot cassatie leiden.

Conclusie van den Adv.-Gen. RETHAAN MACARÉ:

Als middel van cassatie is in deze zaak bij pleidooi voorgesteld: Schending van de artikelen 391, 392, 398, 402 en 407 Wetboek van Strafvordering, doordien het bij het arrest bevestigde vonnis als bewijsmiddel gebruikt heeft de verklaring van den getuige S. ook voor zoover die bijzondere meeningen of gissingen bij redeneering opgemaakt, bevatte; namelijk:

1o. dat die getuige (scilicet Fransen) „die erg bleek „was en blijkens het zich in de urine bevindende „bloed inwendige verbloeding had, twee wonden in „de linkerborst en een in den rug had;

2o „dat die wonden zijn veroorzaakt door stomp „geweld zeer waarschijnlijk met kogels als de ten

„processe aanwezige uit een revolver op korten af-
„stand van den getroffene.

3º „dat de derde kogel nog in het lichaam moet „zitten, die later gemakkelijk langs operatieven weg „kan worden verwijderd."

Het komt mij voor, dat aan dit middel de feitelijke grondslag ontbreekt.

Gelijk in het vonnis uitdrukkelijk is vermeld, is de getuige S. ook als deskundige gehoord. Als zóódanig was hij juist geroepen den rechter voor te lichten omtrent de gevolgtrekkingen, die naar luid der wetenschap uit de bekende feiten mochten getrokken worden.

De rechter heeft echter, blijkens hetgeen voorkomt in de vijfde overweging van het vonnis, wel degelijk onderscheid gemaakt tusschen de bevindingen van den *getuige* S. en de gevolgtrekkingen van den *deskundige* S.

Met de gevolgtrekkingen van den deskundige heeft zij zich vereenigd en die tot de hare gemaakt, terwijl zij tot het bewijs der feiten, gelijk uitdrukkelijk in de vijfde overweging te lezen staat, slechts de aanwijzingen laat medewerken, voortvloeiende uit de bevindingen of verklaringen, niet van den *deskundige* maar van den getuige S.

Uit niets blijkt, dat de rechter eenig bewijs geput heeft uit de bij het middel gewraakte door den deskundige gemaakte gevolgtrekkingen, en dat er alzoo recht is gedaan op onwettig bewijs.

Dat de wet vordert, dat de rechter in het vonnis elke aanwijzing afzonderlijk noemt met afzonderlijke opgave van de bewijsmiddelen waardoor iedere aanwijzing wordt bewezen, is eene stelling, die in de wet geen steun vindt en die meermalen door Uwen Raad

is verworpen. Te dien aanzien, meen ik te kunnen volstaan met eene verwijzing naar uw arrest van 19 Jan. 1891, W. 5988

Ik acht het middel dus ongegrond en heb de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 1 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van P. D., oud 38 jaren, geboren te Woensel, wonende te Eindhoven, requirant van cassatie voor zoover hij daarbij is veroordeeld, tegen een arrest van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch van 27 Dec. 1900, waarbij, met toepassing van de in dat vonnis aangehaalde wetsartikelen is bevestigd het vonnis, door de Arr. Rechtbank te 's Hertogenbosch den 25 Oct. 1900 in deze zaak gewezen, bij hetwelk de requirant, met vrijspraak van hetgeen hem bij dagvaarding meer of anders is telast gelegd dan als bewezen is aangenomen, is schuldig verklaard aan zware mishandeling en te dier zake, met toepassing van de artt. 10 en 302, lid 1 W. v. Strafr., is veroordeeld tot drie maanden gevangenisstraf en uitspraak is gedaan omtrent de teruggaaf of de vernietiging der stukken van overtuiging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EYSSELL;

Gelet op het middel van cassatie, namens den req. voorgesteld bij pleidooi:

Schending van de artt. 391, 392, 398, 402, 407 W. v. Strafvord., doordien het bij het arrest bevestigde vonnis als bewijsmiddel gebruikt heeft de verklaring van den getuige S. ook voor zoover die bijzondere meeningen of gissingen bij redeneering opgemaakt bevatte, n.l.:

1o „dat die getuige, die erg bleek was en, blijkens het zich in de urine bevindende bloed, inwendige, verbloeding had, twee wonden in de linkerborst en een in den rug had";
2o „dat die wonden zijn veroorzaakt door stomp geweld, zeer waarschijnlijk met kogels als de ten processe aanwezige, uit een revolver op korten afstand van den getroffene";
3o „dat de derde kogel nog in het lichaam moet zitten, die later gemakkelijk langs operatieven weg kan worden verwijderd";

Gehoord den Adv.-Gen. JHR. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie strekkende enz;

Overwegende, dat door het beklaagde arrest, in appel het vonnis des eersten rechters bevestigende, de gronden der daarbij uitgesproken veroordeeling zijn overgenomen, in hoofdzaak ter zake, dat de nu requirant ten tijde en ter plaatse in de dagvaarding vermeld J. F. F. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht door opzettelijk, door het lossen van schoten op dezen met zijnen revolver, hem gevaarlijke en diepe kogelwonden toe te brengen: twee in de borst en een in den rug;

dat bij de 5e overweging van het vonnis het bewijs voor deze feiten geleverd verklaard wordt, behalve door eene vroeger in het vonnis omschreven bekentenis, „door de verklaringen der getuigen F. en v. „P., en door de aanwijzingen voortvloeiende uit die „verklaringen en door de verklaringen der getuigen „S. en v H.";

dat, blijkens de 2e overweging voormelde S.—wiens verklaringen, ook die, voorkomende in de omschrijving van het cassatiemiddel, in die overweging worden vermeld—is gehoord èn als getuige èn als

deskundige en de Rechtbank in den aanhef harer 5e overweging de straks vermelde opsomming der middelen, tot bewijs der gezegde feiten door haar gebezigd, doet voorafgaan door de beslissing, dat zij het vooromschreven oordeel van den deskundige overneemt en tot het hare maakt;

O., dat, in strijd met hetgeen bij de toelichting van het middel is beweerd, door dit alles vaststaat, dat de Rechtbank die verklaringen van S., welke door hem zijn afgelegd als deskundige, heeft onderscheiden van datgene wat door hem is verklaard als getuige en dat, waar zij aanwijzingen ontleent aan de getuigenverklaringen, zij niet tot dat bewijs heeft doen medewerken datgene, wat door voornoemden geneesheer als deskundige is verklaard;

O., dat dit ook volgt uit den aard der drie in het middel van cassatie aangehaalde onderdeelen van zijne verklaring;

dat immers die loopen over: 1° de uit den toestand der urine van den verwonde af te leiden aanwezigheid van eene inwendige verbloeding; 2° stomp geweld als aan te nemen oorzaak der door hem waargenomen wonden; 3° mogelijkheid om in het lichaam eenen kogel te vinden en daaruit dan te verwijderen: dus zijn wetenschappelijke gevolgtrekkingen of oordeelen uit voorafgaande waarnemingen afgeleid, die daarom moeten worden gerangschikt onder datgeen wat naar de stellige beslissing des rechters door hem als zijn eigen oordeel wordt overgenomen van de als *deskundige* verklarende;

O., dat uithoofde van dit alles onjuist is de bewering, waarop het cassatiemiddel is gebouwd, dat die verklaringen zijn afgelegd door S. als *getuige* en als

getuigen-verklaringen door den rechter zijn aangewend om het bewijs der telastlegging te verkrijgen;

dat dus het middel niet tot cassatie kan leiden;

Recht doende:

Verwerpt het beroep.

§ 76.

OPENBARE AANKONDIGING VAN DE UITOEFENING DER TANDHEELKUNST. — UITOEFENING DER TANDHEELKUNST. — UITOEFENING DER GENEESKUNST.

De uitlegging der in de dagvaarding bedoelde aankondiging is feitelijk, waardoor vaststaat, dat de requiranten door het aan den openbaren weg te doen plaatsen dier aankondiging, hetgeen bewezen is, in het openbaar aankondigden, dat zij de tandheelkunde uitoefenden.

De uitoefening der geneeskunst volgens de wet van 1 *Juni* 1865 (*Stbl N*o. 60) *omvatte ook die van de tandheelkunst als onderdeel der heelkunde.*

Het verbod van art. 3 *der genoemde wet betreft dus ook de aankondiging van het uitoefenen der tandheelkunst.*

Hierin is geen verandering gebracht door de Wet van 24 *Juni* 1876 (S*tbl. No.* 117).

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Bij pleidooi is als middel van cassatie voorgesteld:

„Schending of verkeerde toepassing van de artt. 3 „en 19, 1e lid der wet van 1 Juni 1865 (S. 60) jo art. 1 „Wetb. van Strafr., door de requiranten te veroor„deelen wegens het in het openbaar aankondigen, „dat zij de geneeskunst uitoefenden, en zulks terwijl:

„1° het ten laste van requiranten als bewezen aan-

„genomen feit niet inhoudt de aankondiging in het „openbaar, dat zij de geneeskunde — althans de tand- „heelkunde — uitoefenden.

„2° al zou met de Rechtbank aangenomen moe- „ten worden, dat zij in het openbaar hebben aan- „gekondigd, dat zij de tandheelkunde uitoefenden, zoo- „danige aankondiging noch bij de als boven toegepaste „artikelen, noch bij eenige andere wetsbepaling straf- baar is gesteld."

Bij de toelichting van dit tweeledig middel heeft pleiter vóór alles de vraag geopperd, of niet de uitlegging der aankondiging behoort tot het aan het oordeel van den Hoogen Raad onttrokken gebied der feiten.

Hij beantwoordde die vraag in ontkennenden zin, bewerende, dat hij het feit, dat de requiranten de in de dagvaarding omschreven aankondiging gedaan hadden, niet betwistte, doch wel de juistheid der qualificatie.

Ik kan deze opvatting niet deelen.

De vraag welke de juiste beteekenis is van eene aankondiging? is geene vraag van wetsuitlegging, geene quaestio juris, doch eene quaestio facti.

In het gegeven geval staat vast, dat de requiranten aan de buitendeur van een perceel te Amsterdam een bord hebben doen plaatsen, waarop in groote letters aan ieder, die het lezen wilde, werd medegedeeld, dat zich in dat perceel bevond, de „tandheelkundige inrichting, Nieuwe wet, van H. W. en A. B.".

Betwist is, of de redactie van deze aankondiging toelaat aan te nemen, dat daardoor te kennen gegeven wordt, dat H. W. en A. B. zelve de tandheelkunst uitoefenen; met andere woorden of het voorzetsel „van" in die aankondiging niet enkel en alleen aanduidt, dat W. en B. de bezitters der inrichting

zijn, doch ook dat zij daarin zelve als tandheelkundigen optreden.

Dit geschil moge van grammaticalen aard zijn, van rechtskundigen aard is het zeker niet.

Hoe de hier bedoelde aankondiging moet verstaan worden is eene vraag, die geheel onafhankelijk van de woorden der wet in factis moet beantwoord worden en waarvan de beantwoording nimmer een schennis der wet kan opleveren.

De in de 9e overweging door den kantonrechter bij zijn in hooger beroep bevestigd vonnis gegeven beslissing, dat de aankondiging, zooals zij gedaan is, bevat de verklaring dat H. W. en A. B., doen datgene, wat van de houders of exploitanten dier inrichting staat te verwachten, is dus m.i. als van zuiver feitelijken aard in cassatie onaantastbaar.

Van zuiver rechtskundigen aard is daarentegen het tweede onderdeel van het middel, waarbij vooropgesteld wordt, dat ook al moge aangenomen moeten worden, dat de requiranten hebben aangekondigd, dat zij de tandheelkunst uitoefenden. zoodanige aankondiging niet strafbaar is.

Dit middel stelt u voor de tweeledige vraag;

1o of de tandheelkunst naar de bedoeling van onzen wetgever is een onderdeel van den op dit gebied alles omvattenden term geneeskunst? en

2o of de redactie der betrokken wetsbepalingen toelatén recht te doen wedervaren aan de bedoeling van den wetgever? —

Wat de eerste vraag betreft, zoo merk ik op, dat de tandheelkunde reeds bij de wet van 12 Maart 1818, St. 16, tot regeling van hetgeen betrekkelijk is tot de uitoefening van de verschillende takken der geneeskunde, werd beschouwd als een onderdeel der

geneeskunst; zie met name art. 4 jcto art. 19 dier wet en art. 19 van het daarmede verband houdende regl. betrekkelijk het geneeskundig onderzoek en toevoorzicht vastgesteld bij K. Besluit van 31 Mei 1818, St. 25;

Ook bij de wetten van 1 Juni 1865 werd de tandheelkunde door den wetgever beschouwd en behandeld als een onderdeel der geneeskunst, dit blijkt onomstootelijk uit art. 21 der wet van 1 Juni 1865, St. 59, zooals die oorspronkelijk werd vastgesteld.

Het lijdt daarom bij mij geen twijfel, of het algemeene voorschrift van art. 3 der wet van 1 Juni 1865 St. 60, regelende de uitoefening der geneeskunst, verbiedt aan iederen onbevoegde aan te kondigen, dat hij de tandheelkunst uitoefent.

Bij het vaststellen der geneeskundige wetten was het trouwens de uitgesproken bedoeling van den wetgever, dat de tandheelkunst voortaan slechts zou uitgeoefend worden door hen, die de bevoegdheid tot uitoefening der geneeskunst in haar geheelen omvang hadden verkregen.

Toen werd echter reeds de vrees uitgesproken, dat door het stellen van dien eisch, er spoedig gebrek zou ontstaan aan personen, die zich op de tandheelkunst toelegden, daar immers te verwachten was, dat zij die bevoegd werden tot uitoefening der geneeskunst in haren vollen omvang, hoewel bevoegd tot het uitoefenen der tandheelkunst, van die laatste bevoegdheid liefst geen gebruik zouden maken.

Deze in 1865 uitgesproken vrees werd spoedig bewaarheid en had tot gevolg, dat in 1874 een ontwerp-wet werd ingediend tot regeling van de voorwaarden tot verkrijging der afzonderlijke bevoegdheid tot uitoefening der tandheelkunst en van de uitoefening

van die kunst. — Dat ontwerp werd tot wet verheven op 24 Juni 1876 en opgenomen in het Stbl. n°. 117 van dat jaar.

Dat het daarbij alleen te doen was, om het verkrijgen der bevoegdheid tot uitoefening der tandheelkunde gemakkelijker te maken, doch niet om de tandheelkunde voortaan als een speciaal vak, staande buiten de algemeene regeling der geneeskunde te doen beschouwen, blijkt zoowel uit het intitulé, de considerans en de slotbepaling dier wet, als uit de daarover gevoerde beraadslagingen.

Ware twijfel daaromtrent nog mogelijk, dan wordt die zeker weggenomen door de bepalingen der nagenoeg tegelijkertijd vastgestelde wet op het Hooger Onderwijs dd. 28 April 1876, St. 102, waarbij in art. 43 de tandheelkunde genoemd wordt als een onderdeel der geneeskunde.

Ik meen op deze gronden te mogen vaststellen, dat ook na invoering der wet van 24 Juni 1876, St. 117, de verbodsbepaling van art. 3 der wet van 1 Juni 1865, St. 60, de aankondiging door onbevoegden van uitoefening der tandheelkunst is blijven omvatten.

De wet van 1876 bleef echter niet lang ongerept.

Het in werking treden der nieuwe wet op het H. O. van 28 April 1876 maakte het noodig, zoowel deze wet als de wet van 1 Juni 1865, St. 59, te herzien en in overeenstemming te brengen met de nieuwe regeling van het H. O.; dit geschiedde bij de wet van 25 Dec, 1878, St. 222.

Het in de considerans uitgesproken doel dier wet nl., om de vroegere bepalingen in overeenstemming met de wet op het H. O. te brengen, maakt het reeds weinig aannemelijk, dat bij die wet het beginsel zou aangenomen zijn, dat de tandheelkunde voortaan niet

meer te beschouwen zou zijn als een onderdeel der geneeskunst, immers zou dit in lijnrechten strijd zijn met het zooeven gememoreerde beginsel van art. 43 der wet op het H. O. Ik zoek dan ook in de wet van 1878 tevergeefs naar eenige bepaling, die steun zou kunnen geven aan de bedoelde door mij bestreden stelling. Het eenige waarop gewezen kan worden, en waarop de pleiter voor requiranten uwe aandacht dan ook heeft gevestigd, is de bepaling van art. 26 der wet van 1878, waarbij wel de geheele wet van 1 Juni 1865, St. 59, wordt ingetrokken, doch van de wet van 24 Juni 1876, St. 117, alleen de artt. 1 — 6 buiten werking worden gesteld, zoodat de artt. 7 — 10 dier wet geldende zijn gebleven. Daaruit nu meende de pleiter dat afgeleid mag worden, dat aangezien de artt. 7 en 8 dier wet van 1876, blijkens het daarbovengestelde intitulé, de uitoefening der tandheelkunst regelen, deze in haar geheel geexcipieerd was van de bepalingen der wet van 1 Juni 1865, St. 60.

Ik kan de juistheid dezer conclusie niet toegeven. Gelijk ik straks reeds heb betoogd, zijn de bepalingen der wet van 24 Juni 1876 bestemd, om naast de wet van 1 Juni 1865, St. 60, te gelden, niet om deze te vervangen of te wijzigen, en om te bevorderen, dat er naast hen, die hunne bevoegdheid tot uitoefening der tandheelkunde ontleenden aan hunne algemeene bevoegdheid tot uitoefening van alle takken der geneeskunde, ook een groep beoefenaars der tandheelkunde zou oprijzen, alleen bevoegd tot die éénen tak der geneeskunde.

Allerminst kan het in de bedoeling van den wetgever van 1876 gelegen hebben het bij art. 3 der wet van 1 Juni 1865, St. 60, tot onbevoegden gerichte verbod, om aan te kondigen, dat zij eenigen tak der

geneeskunst uitoefenen, alleen voor de tandheelkunde op te heffen en aldus hen, die de bevoegdheid tot uitoefening der tandheelkunde langs regelmatigen weg verkregen hebben, bloot te stellen aan de concurrentie van alle kwakzalvers op dit gebied. De stelling, waarop het tweede onderdeel van het middel van cassatie gebouwd is, acht ik dus onhoudbaar.

Noch de bedoeling van den wetgevér, noch de redactie der betrokken wetsbepalingen, wettigen het beweren, dat art. 3 der wet van 1 Juni 1865, St. 60, en de daarmede verband houdende strafbepaling van art. 19 derzelfde wet, in casu geen toepassing zouden kunnen vinden.

Mitsdien heb ik de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 1 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van 1° H. W., oud 20 jaren, 2° A. B. oud 19 jaren, beiden kunsttandenmaker te Amsterdam, requiranten van cassatie tegen een vonnis van de Arr. Rechtbank te Amsterdam van 19 Oct. 1900, waarbij — met vernietiging in zooverre van het vonnis van den Kantonrechter in het eerste kanton van Amsterdam van 19 April 1900, — de requiranten met toepassing van de artt. 3 en 19, 1° lid der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. N°. 60), 10 en 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. N°. 64,) 23 W. v. Sr., 1, 8, 9, 10 en 26 der wet van 25 Dec. 1878 (Stbl. N°. 222), de wet van 28 Juni 1881 (Stbl. N°. 103), 247 en 256 W. v. Sv., werden schuldig verklaard ieder aan „het zonder te zijn geneeskundige „in het openbaar aankondigen, dat hij de geneeskunst uitoefent", — en overigens dat vonnis van den Kan-

tonrechter werd bevestigd, bij hetwelk de requiranten werden vooroordeeld ieder tot betaling van eene geldboete van *f* 20.—, iedere boete ingeval van wanbetaling te vervangen door hechtenis van 10 dagen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer JHR. LAMAN TRIP;

Gelet op het middel van cassatie, namens de requiranten aangevoerd bij pleidooi:

Schending of verkeerde toepassing van de artt. 3 en 19 1e lid, der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. No. 60) in verband met art. 1 W. van Strafr. door de requiranten te veroordeelen wegens het in het openbaar aankondigen, dat zij de geneeskunst uitoefenden, en zulks terwijl:

1e het ten laste van requiranten als bewezen aangenomen feit niet inhoudt de aankondiging in het openbaar dat *zij* de geneeskunde — althans tandheelkunde — uitoefenden;

2e al zou met de Rechtbank aangenomen moeten worden, dat zij in het openbaar hebben aangekondigd, dat zij de tandheelkunde uitoefenden, zoodanige aankondiging noch bij de als boven toegepaste artikelen, noch bij eenige andere wetsbepaling strafbaar is gesteld;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat bij het in zooverre bevestigd vonnis van den Kantonrechter als bewezen is aangenomen „dat op 24 Jan. 1900 op den openbaren weg te Amsterdam aan den buitendeur van perceel 89 Geldersche Kade, de woonplaats van H. W., aanwezig was een groot vierkant bord, waarop in groote drukletters stond geschilderd de aankondiging „Tandheelkundige inrichting, Nieuwe wet, van H. W, en A. B.", welke aankondiging daar op last, onder goed-

vinden en met medeweten van beide beklaagden (nu requiranten), die geen geneeskundigen of tandheelkundigen waren, is geplaatst";

dat de Kantonrechter voorts heeft beslist, dat de beklaagden (requiranten) daardoor in het openbaar hebben aangekondigd, dat zij de tandheelkunst uitoefenden; en die feiten, met toepassing o. a. van de artt. 3 en 19 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. N°. 60), door de Rechtbank zijn gequalificeerd en de requiranten zijn veroordeeld gelijk in het hoofd van dit arrest is vermeld;

O. omtrent het eerste gedeelte van het middel:

dat de Kantonrechter heeft beslist, „dat de uit- „drukking tandheelkundige inrichting „Nieuwe wet" „door het woordje „van" in verband gebracht met „de onmiddellijk daarop volgende vermelding der namen „van beklaagden, bevat de verklaring door de dragers „dier namen, dat zij doen datgene wat van de houders „of exploitanten dier inrichting staat te verwachten";

dat die uitlegging der in de dagvaarding opgenomen aankondiging feitelijk is en daardoor vaststaat, dat de requiranten door het aan den openbaren weg doen plaatsen dier aankondiging hetgeen bewezen is, in het openbaar aankondigden dat zij de tandheelkunst uitoefenden;

dat derhalve deze grief niet tot cassatie kan leiden;

O., omtrent het tweede gedeelte van het middel:

dat tot toelichting daarvan namens de requiranten is aangevoerd, dat door de wet van 24 Juni 1876 (Stbl. N°. 117) zijn geregeld zoowel de voorwaarden tot verkrijging der afzonderlijke bevoegdheid tot uitoefening der tandheelkunst, als de uitoefening der tandheelkunst, en § 2 dier wet betreffende de uitoefening dier kunst ook na het tot stand komen der wet van 25 Dec. 1878 (Stbl N°. 222) van kracht is gebleven; —

dat dus de uitoefening der geneeskunst en de uitoefening der tandheelkunst geheel afzonderlijk zijn geregeld, en de voorschriftten der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. N°. 60), die de uitoefening der geneeskunst regelen, niet van toepassing zijn voor de uitoefening der tandheelkunst, die immers in eene andere wet afzonderlijk geregeld is, zoodat art. 3 der wet van 1 Juni 1865 (Stbl. N°. 60) niet toepasselijk is voor de tandheelkunst, nu dit artikel niet wordt teruggevonden in de wet van 1876, die de uitoefening dier kunst regelt;

O. daaromtrent:

dat de uitoefening der geneeskunst volgens de wet van 1 Juni 1865 (St. 60) ook die der tandheelkunst omvatte, welke is een onderdeel der heelkunde, die uitdrukkelijk in art. 1 dier wet onder de geneeskunst begrepen is;

dat dus het verbod van art. 3 dier wet ook de aankondiging van het uitoefenen der tandheelkunst betreft;

dat door de wet van 24 Juni 1876 (Stbl. 117) gelegenheid is gegeven afzonderlijk de bevoegdheid te verkrijgen tot het uitoefenen der tandheelkunst en daarin eenige bepalingen zijn opgenomen (§ 2 dier wet) omtrent het uitoefenen dier kunst door hen, die de afzonderlijke bevoegdheid verkregen hadden; — doch de tandheelkunst, ook volgens de uitdrukkelijke verklaring der regeering bij het tot stand komen dezer wet, een tak der heelkunde, dus der geneeskunst gebleven is;

dat dus de uitoefening der tandheelkunst onderworpen bleef aan de algemeene voorschriften in de wet van 1 Juni 1865 (Stbl. 60) omtrent het uitoefenen der geneeskunst gegeven, voor zoover daarvan door de wet van 1876 niet was afgeweken, en het verbod

van openbare aankondiging in art. 3 der wet van 1865 der tandheelkunst bleef omvatten, daar de wet van 1876 dit niet heeft gewijzigd, en ook bij het tot stand komen dezer wet niet is gebleken van eenige bedoeling van den wetgever om dit algemeen verbod voor de tandheelkunst op te heffen;

dat derhalve dit onderdeel van het cassatiemiddel niet gegrond is;

Verwerpt het beroep in cassatie.

§ 77.

ONTUCHTIGE HANDELINGEN.

De in deze zaak bewezen verklaarde feiten zijn „ontuchtige handelingen", welke, tenzij mocht blijken van bijzondere omstandigheden, niet anders kunnen zijn gepleegd dan met de bedoeling om ontuchtig te handelen, zoodat de beslissing omtrent de feiten die omtrent de bedoeling in zich sluit en daaromtrent geene afzonderlijke beslissing noodig is.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. Rethaan Macaré:

Als éénig middel van cassatie is bij pleidooi voorgesteld:

„Schending of verkeerde toepassing van artikel „247 Strafrecht, in verband met de artikelen 211, „216, 221, 223 en 247 Wetboek van Strafvordering."

Heb ik den gedachtengang van den pleiter goed begrepen, dan berust het voorgestelde middel op de volgende redeneering:

Bij de dagvaarding is *„primair"* ten laste gelegd het plegen van ontuchtige handelingen op den aangegeven tijd en plaats met een persoon beneden de 16 jaren;

en subsidiair het terzelfder tijd en plaats met denzelfden jongen plegen van eene handeling in het openbaar die eene openbare schennis der eerbaarheid oplevert.

De steller der dagvaarding heeft dus bij het nederschrijven daarvan in het primaire deel alle feitelijke gegevens bijeengebracht noodig voor eventueele toepassing van artikel 247 Sr., terwijl hij in het subsidiaire deel alleen heeft opgenomen de ellementen noodig voor toepassing van artikel 239 Rv.

Nu heeft de Rechtbank bij haar later bevestigd vonnis dd. 29 Juni 1900 beslist, dat het primaire deel der dagvaarding niet wettig en overtuigend is bewezen en heeft zij den beklaagde mitsdien van dat deel der imputatie vrijgesproken, doch hem schuldig verklaard aan al hetgeen subsidiair ten laste is gelegd.

Op dat deel heeft de Rechtbank echter niet artikel 239, doch artikel 247 Wetboek van Strafrecht van toepassing verklaard.

Naar pleiters meening heeft de Rechtbank daardoor artikel 247 geschonden, omdat het subsidiaire deel der dagvaarding niet de voor de toepassing van artikel 247 onmisbare feitelijke gegevens zou bevatten.

Ik kan die meening niet als juist erkennen.

Voor artikel 247 is noodig het samenkomen van de twee volgende omstandigheden:

1o dat er ontuchtige handelingen zijn gepleegd;

2o dat die handelingen zijn gepleegd met een persoon beneden de 16 jaren.

Bij de subsidiaire telaste legging nu is van die beide elementen voldoende melding gemaakt; het eerste element vindt gij terug in de telaste legging, dat beklaagde L. D. op oneerbare wijze betast heeft. De woorden *„op oneerbare wijze"* beslissen reeds dat hier ontuchtige handelingen bedoeld zijn, hetgeen nog

nader blijkt uit de verdere in het subsidiaire deel der dagvaarding opgenomen omschrijving der handeling; cf. arr. H. R. v. 1 Dec. 1890, W. 5973; het tweede element is opgesloten in de uitdrukking *gemelden* D., waarmede verwezen wordt naar de in het primaire deel der dagvaarding gestelde feiten, dat deze L. D. is geboren op 17 Februari 1886 en dat hij dus ten dage van het misdrijf nog slechts 14 jaren oud was.

De feitelijke gegevens voor toepassing van artikel 247 Sr. zijn dus aanwezig en de rechter die feiten bewezen achtende mocht daarop artikel 247 toepassen, ook al moge de steller der dagvaarding bij het nederschrijven daarvan zijn oog uitsluitend gericht hebben gehouden op artikel 239 Sr.

Ik acht het voorgestelde middel mitsdien onaannemelijk en heb de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 1 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van H. H. O. M., oud 48 jaar, journalist, geboren te Veenendaal, wonende te Utrecht, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 11 Dec. 1900, waarbij werd bevestigd het vonnis der Arr. Rechtbank te Utrecht van 17 Sept. 1900, bij hetwelk werd bekrachtigd het vonnis dier Rechtbank den 29 Juni 1900 bij verstek gewezen, — bij welk vonnis de requirant werd schuldig verklaard aan het plegen van ontuchtige handelingen met iemand beneden den leeftijd van 16 jaren en, met toepassing der artt. 247, 10 W. v. Sr., 214, 216, 264 W. v. Sv., werd veroordeeld tot gevangenisstraf van één jaar, met gedeeltelijke vrijspraak;

Gehoord het verslag van den Raadsheer JHR. LAMAN TRIP;

Gelet op het middel van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

Schending of verkeerde toepassing van art. 247 W. v. Sr., in verband met de artt. 211, 216, 221, 223 en 247 W. v. Sv.;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat het beroep onbeperkt is ingesteld, doch niet-ontvankelijk is, voor zoover het is gericht tegen de in het bij het arrest bevestigde vonnis vervatte vrijspraak;

O. voor zoover het beroep ontvankelijk is, dat req. heeft terechtgestaan ter zake: „dat hij op of omstreeks „9 Maart 1900 des avonds ongeveer tusschen 7 en 8 „uur te Utrecht in het voor het publiek toegankelijk „plantsoen tusschen de Walsteeg en de Nieuwe Brug „met den 14 jarigen L. D., geboren 17 Febr. 1886, „ontuchtige handelingen heeft gepleegd door ontuch„tig eene hand in de gulp van diens broek te bren„gen, diens geslachtsdeelen in de hand te nemen en „daarmede te spelen, — althans toen aldaar in 't open„baar op oneerbare wijze eene hand heeft gehad in „de open gulp van de broek van gemelden L. D. ter „hoogte van diens geslachtsdeelen en met die hand „bewegingen heeft gemaakt";

dat de Rechtbank in haar op het verzet bekrachtigd en bij 's Hofs arrest bevestigd vonnis, met vrijspraak van de in de eerste plaats ten laste gelegde feiten, de subsidiair ten laste gelegde feiten heeft bewezen verklaard, en deze met toepassing van art. 247 J. W. v. Sr. heeft gequalificeerd gelijk in het hoofd van dit arrest is vermeld;

O., dat daartegen tot toelichting van het middel van cassatie is aangevoerd, dat de feiten, welke sub. zijn ten laste gelegd niet vallen onder art. 247 W. v. Sr., doch alleen kunnen uitmaken het misdrijf van openbare schennis der eerbaarheid omschreven in art. 239 W. van Strafr.;

dat toch de Rechtbank den requirant juist heeft vrijgesproken van het plegen van ontuchtige handelingen, hetgeen in de eerste plaats was ten laste gelegd, en niet heeft gemotiveerd, dat de sub. ten laste gelegde feiten met ontuchtige bedoeling zouden zijn gepleegd; — en dat bij de subsidiaire feiten ook niet is ten laste gelegd dat L. D. beneden de 16 jaren oud was;

O., dat dit laatste niet juist is, omdat, nu in het hoofd der dagvaarding wordt genoemd de „veertien-„jarige L. D., geboren 17 Febr. 1886", met de woorden „gemelde L. D." in het slot der dagvaarding dezelfde persoon wordt aangewezen en daarin de herhaling van den leeftijd is opgesloten, al wordt dit niet in dezelfde woorden uitgedrukt, evenals door de woorden „toen aldaar" dezelfde tijd en plaats weder worden aangewezen;

O. voorts, dat bewezen is verklaard, dat requirant op oneerbare wijze eene hand heeft gehad in de open gulp van de broek van den 14 jarige L. D. ter hoogte van diens geslachtsdeelen en met die hand bewegingen heeft gemaakt;

dat die feiten zijn ontuchtige handelingen welke — tenzij mocht blijken van bijzondere omstandigheden, waarvan ten deze niets gebleken is — niet anders kunnen zijn gepleegd dan met de bedoeling ontuchtig te handelen, zoodat de beslissing omtrent de feiten, die

omtrent de bedoeling in zich sluit en daaromtrent geene afzonderlijke motiveering noodig is;

dat die bewezen feiten gepleegd tegen eenen 14-jarigen jongen derhalve vallen onder het misdrijf omschreven in art. 247 W. v. Sr., zoodat het middel van cassatie niet gegrond is;

Gezien art. 347 W. v. Sv.;

Verklaart den requirant niet-ontvankelijk in zijn beroep voor zoover dit is gericht tegen de in het bevestigde vonnis vervatte vrijspraak;

Verwerpt overigens het beroep.

§ 78.

ART. 4 VAN HET KEIZERLIJK DECREET VAN 1808. — INKORTING DER BREEDTE VAN JAAGPADEN LANGS BEVAARBARE RIVIEREN. — JAAGPADEN. — AFSLUITINGEN.

Ingevolge art. 4 van het Keizerlijk Decreet van 22 Jan. 1808 kan de administratie op gronden van billijkheid en voor zoover de publieke dienst niet wordt benadeeld, bepalen, dat de breedte der jaagpaden langs bevaarbare rivieren wordt ingekort, doch de woorden van art. 4 geven geen grond voor de bewering, dat een enkel gedoogen van de zijde der administratie voldoende zou zijn om aan te nemen, dat tot zoodanige inkorting zou zijn overgegaan.

Al moge men tegen de feitelijk plaats gehad hebbende inkorting, ten gevolge van het maken en aanwezig zijn van een afrastering en van een stal binnen den voorgeschreven afstand, niet zijn opgekomen, deze omstandigheid kan geen recht geven om in plaats van een en ander een muur binnen dien afstand te bouwen en te houden, maar laat de bevoegdheid voor de administratie onverkort om ten allen tijde de voor-

schriften van de Ordonnance des eaux et forêts van 1669 *toe te passen.*

Art. 4 voormeld brengt dan ook wel mede, dat het aanwezig zijn van afsluitingen, hagen, muren, enz. tot het geven van vergunning tot inkorting aanleiding kan geven, maar niet, dat het aanwezig zijn van een of ander grond oplevert om die inkorting zonder bepaalde vergunning te laten voortduren.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ: Bij pleidooi zijn twee middelen van cassatie voorgesteld en toegelicht en twee subsidiaire middelen even aangestipt.

Het eerste middel word geformuleerd als volgt:

„Schending, althans verkeerde toepassing van art. 7 „Titel XXVIII van de Ordonnance des eaux et forêts „du mois d' Août 1669, zooals dit artikel gehand„haafd en gewijzigd is bij art. 10 N°. 1 van de wet „van 15 April 1886, St. 64, j^{is} de artt. 211 en 257 Wetb. „van Sv., doordien de Rechtbank het vonnis van den „Kantonrechter bevestigende, als bewezen heeft aan„genomen, dat niet langs den oever een ruimte in de „breedte van minstens 24 voet was gelaten, voor open„baren Koninklijken weg (chemin roijal et trait de „chevaux) hoewel de Kantonrechter zelf heeft over„wogen, 1°: dat hem uit eigen wetenschap bekend „is, dat de voor het publiek bestemde weg werkelijk „achter of terzijde van de fabriek omloopt en 2° dat „er in de dagvaarding niet is gesteld dat er een weg is."

Dit middel is m. i. niet aannemelijk en rust op een minder juiste opvatting van doel en strekking der bij de Ordonnantie van 1669 door Koning Lodewijk XIV voor Frankrijk gegeven, sedert 1810 ook hier te lande geldende voorschriften.

Art. 7 van den 28en Titel dier Ordonnantie, dat ontleend is aan de Ordonnantie's van 1415 en 1520, behelst een merkwaardig voorbeeld van toepassing van den regel, dat waar het belang van allen in botsing komt met het belang van een enkele het privaat belang moet wijken voor het algemeen belang.

Overtuigd, dat het algemeen belang gebiedend vorderde, dat van de door de natuur geschonken groote verkeerswegen te water door en voor allen een ruim en onbeperkt gebruik zou kunnen worden gemaakt, hebben de Fransche Koningen bij het in het bedoelde artikel nedergelegde voorschrift aan alle aan bevaarbare rivieren palende erven den openbaren last opgelegd, om de onmiddelijk langs de boorden der rivierl liggende strooken lands tot zekere breedte vrij te laten, opdat de schipperij daarvan ten dienste der scheepvaart steeds en onder alle omstandigheden het noodige gebruik zou kunnen maken.

Aan die zijde der rivier, — dus werd bepaald, — waarlangs de schepen getrokken worden, moet die voor den chemin de halage vrij te laten strook eene breedte van minstens 24 voet hebben en daarnaast nog buitendien een strook van 6 voet onafgesloten en onbeplant blijven, terwijl aan de overzijde der rivier voor marchepied of chemin de contre halage een strook van 10 voet breedte mede langs den oever der rivier vrijgelaten moet worden.

Ten gerieve van de scheepvaart wordt hier dus een servitude légal, gelijk het Fransche recht dit noemt, op de aan de rivier grenzende erven gelegd.

Een servitude légal dat men nog terugvindt in de bepalingen van de artt. 649 en 650 Code Civil en waarnaar ook ons art. 720 B. W. terugwijst.

Dat servitude légal heeft dit eigenaardige, dat het

onafscheidelijk is verbonden aan de oevers of boorden van de rivier en zich met deze verplaatst, zoodat het in zeker opzicht een *bewegelijk* karakter heeft.

Verruimt de rivier haar bedding, wordt ze gaandeweg in den loop der jaren breeder, dan gaat het servituut mede, dan zal de strook, die de eigenaar moet vrij laten ook verder landwaarts indringen.

Verlegt de rivier haar bedding, dan volgt het servituut en zullen erven, waarop het servituut tot nog toe rustte, vrij worden en anderen onder den druk daarvan komen, want altijd moet de schipper *onmiddellijk* naast de rivier van de voor jaag- en trekpad noodige strook gronds vrij gebruik kunnen maken.

Voor deze opvatting van het servituut beroep ik mij zoowel op de doctrine, als op de jurisprudentie. Ik verwijs voor zooveel noodig uwen Raad ten dien aanzien naar Dalloz in voce „Eaux", Chap. II Sect. 6. N°. 117, 155 naar Delvincourt Code Civil, Tome III N°. 556, naar de Fransche en Belgische jurisprudentie, naar Mr de Pinto, Themis 1868 bl. 219. Mr. Olivier, Proeven over de beperking van eigendom bl. 224, naar Mr. T. J. Hoppe, Nieuwe Bijdr. 1875 bl. 385, en naar uwe arresten van 24 Oct. 1865, W. 2740, van 1 Mei 1868, W. 3001. van 5 Oct. 1874, W. 3774 en van 9 Dec. 1887, W. 5542.

Is daarmede de juistheid dier opvatting gerechtvaardigd, dan volgt daaruit de onaannemelijkheid van het eerste middel, immers wordt bij dat middel uitgegaan van de meening, dat aan den bij het meergenoemde art. 7 aan de oeverbezitters opgelegden last zou kunnen voldaan worden door het geven of vrijlaten van een weg *niet onmiddellijk* langs de boorden der rivier loopende, doch daarvan op eenigen afstand verwijderd, dus voor de scheepvaart van geen nut.

Heb ik den pleiter goed begrepen, dan schijnt hij de meening te zijn toegedaan, dat art. 7 de oeverbezitters tweeërlei verplichting oplegt; en wel eene om een jaagpad, en eene andere om een openbaren weg „chemin royal" te geven.

Ik acht dit in strijd met de bedoeling en met de letter van art. 7.

Er staat immers in het art. „les propiétaires lais- „peront *le long des bords* vingt quatre pieds au moins de largeur".

De verplichting die opgelegd wordt is dus alleen om *langs den oever* der rivier eene strook gronds vrij te laten, wel wordt daaraan nog als redegevend toegevoegd „pour chemin royal et trait de chevaux" doch daaruit is niet af te leiden, dat er hier sprake zou zijn van twee van elkander te onderscheiden verplichtingen, maar alleen dat die strook zoowel tot jaagpad, als tot weg zal strekken.

Volgens Dalloz (in voce „voirie par terre N°. 1967 en in voce „Eaux" N°. 119) wordt de chemin de halage in de ordonnantie alleen chemin royal genoemd ten einde daarop ook van toepassing zoude zijn hetgeen voor de policie en het onderhoud des chemins royax elders was voorgeschreven.

Wel verre van art. 7 geschonden te hebben door geen rekening te houden met den weg achter langs de fabriek, heeft de Kantonrechter, m. i. volkomen te recht, dien niet langs den oever der rivier loopenden weg links laten liggen.—

Ook het tweede middel acht ik ongegrond.

Dit middel luidt:

„Schending, althans verkeerde toepassing van art. „7 van Titel XXVIII van de meergemelde ordonnantie „jcto. art. 4 van het Decret Impérial van 22 Jan. 1808

„(hier te lande executoir verklaard bij de wet van 8 Nov. „1810) en art. 211 en 257 Wetboek van Strafv., „doordien de Rechtbank het vonnis van den Kanton-„rechter bevestigende, hoewel als bewezen aangenomen „hebbende, dat op de plaats, waar thans de in deze „bedoelde muur staat, vóór het bouwen daarvan eene „afrastering van palen en ijzerdraad aanwezig was „en dat op de van wege het Gemeentebestuur van „Amersfoort op 31 Dec. 1888 gewaarmerkte kaart, „de kortste afstand tusschen den stal en de Eem onge-„veer 6 Meter bedraagt, nochtans van de beklaagden „het bewijs vorderde dat bepaald vergund was het *jaag-„pad* minder dan 24 voet breedt te hebben en zoodanige „vergunning niet heeft afgeleid uit het gedoogen van „den bestaanden toestand gedurende tal van jaren, „noch uit het waarmerken van de bedoelde kaart."

Het middel is speciaal gericht tegen de elfde overweging van het vonnis van den Kantonrechter, waarbij deze de m. i. zuiver feitelijke beslissing geeft, dat niet voldoende gestaafd is het beweren van de verdediging, dat in het gegeven geval door de daartoe bevoegde administratieve macht de breedte van het langs de rivier de Eem in het algemeen, of althans te dezer plaatse, op minder dan 24 voet was gesteld.

Naar mijne meening is die beslissing van den rechter als zuiver feitelijk in cassatie onaantastbaar.

Doch al ware dit anders, zoo stuit ik bij dit middel op dezelfde miskenning van doel en geest der betrekkelijke bepaling, als waarop ik reeds bij het behandelen van het eerste middel wees.

Doel is het belang van de scheepvaart ten allen tijde en onder alle omstandigheden te waarborgen en het vrije gebruik der bevaarbare rivieren te verzekeren.

Daarmede onbestaanbaar zoude het zijn, dat de administratie onherroepelijk vergunningen zou kunnen verleenen, om langs de boorden der rivier gebouwen op te richten, immers zou daarvan het gevolg kunnen zijn, dat bij eventueele verandering van het rivierbed het jaagpad geheel te loor ging.

Gelijk de pleiter zelf met een beroep op Dalloz erkende, kan er hier alleen sprake zijn van een door de administratie tijdelijk *gedoogen* (actes de *tolérances*), dat geen recht schept, doch buitendien meen ik, dat uit de bewoordingen van art. 4 van het decreet volgt, dat de administratie wel bevoegd is, om in de bij dat art. bedoelde gevallen de breedte van het jaagpad te beperken tot minder dan 24 voeten, doch niet om daaraan het straks ontwikkelde karakter van verplaatsbaarheid te ontnemen, dat wil zeggen, dat wanneer eenmaal de administrate bepaald heeft, dat het jaagpad langs een bepaalde rivier slechts eene breedte van bijv. 16 voet moet hebben, die breedte moet behouden ,blijven ook dan, wanneer het rivierbed zich verlegt, zoodat het ook bij die beperkte breedte kan gebeuren, dat hetgeen aanvankelijk op voldoenden afstand van de rivier was opgericht, later moet worden opgeruimd, omdat er anders geen voldoende ruimte voor het jaagpad zou overblijven.

Het feit dus, dat er vroeger ergens eene afsluiting heeft gestaan, kan niet bewijzen, dat er ook thans recht tot afsluiting bestaat.

Ten slotte heeft pleiter zonder ze te stellen, nog twee middelen genoemd, die ten deze z. i. tot cassatie zouden kunnen leiden.

Het eene middel zou zijn, dat niet naar eisch van rechten is bewezen, dat de beklaagden inderdaad

eigenaars zijn van den hier bedoelden oever der rivier de Eem.

Het komt mij voor, dat dit middel zijne weerlegging vindt in de tiende overweging van het vonnis van den Kantonrechter, waar deze de ten laste gelegde feiten bewezen verklaart door de aanwijzingen, voortvloeiende uit de processen-verbaal en uit de verklaringen der getuigen in verband met de erkentenissen van ieder der beklaagden.

Nu hebben al de beklaagden, ieder voor zich erkend, dat zij de eigenaars zijn van den litigiensen grond en vloeien, zoowel uit de processenverbaal als uit de in het vonnis opgenomen verklaringen der getuigen tal van aanwijzingen voort, waaruit blijkt, dat de beklaagden niet alleen bekend stonden als eigenaars, doch ook geheel als zoodanig handelden, zoodat de erkentenissen van beklaagden zeker van elders voldoende gestaafd worden, om als wettig bewijs aangenomen te kunnen worden.

Het tweede subsidiair aangevoerde middel is ontleend aan het feit, dat het in deze toepasselijk artikel 7 van titel 28 der Koninklijke ordonnantie van 1669 de breedte van het jaagpad vaststeld in eene thans hier te lande niet meer geldende maat.

Volgens req. had de rechter moeten motiveeren op welken grond hij aanneemt, dat eene breedte van 24 voet gelijk gesteld mag worden met eene breedte van + 7,80 meter.

Het komt mij voor, dat deze eisch niet in de wet gegrond is.

Dat de rechter niet gehouden is, in zijn vonnis rekenschap te geven van de wijze, waarop hij gekomen is tot de wetenschap omtrent de beteekenis

van sommige uitdrukkingen, werd reeds beslist bij Uw arrest van 8 December 1890, W. 5976.

Evenzoo meen ik, dat de rechter niet gehouden is, in een vonnis te vermelden langs welken weg hij gekomen is tot de wetenschap, dat de Parijsche of Fransche voet, ook wel genaamd Pied de Roy als lengte maat gelijk is aan 0.3248394 Meter.

De rechter mag geacht worden de taal der wet te verstaan.

Op deze gronden heb ik de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 1 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van Dr. M. L., oud 41 jaren, fabrikant, geboren te Antoniën Hutte in Silezië, wonende te Amsterdam, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Utrecht van den 24en December 1900, waarbij op het door dezen requirant en twee andere beklaagden ingesteld hooger beroep, met verbetering van de aan de bewezen verklaarde feiten gegeven qualificatie, werd bevestigd het vonnis van den Kantonrechter te Amersfoort, bij welk vonnis requirant, met toepassing van art. 7 van Titel XXVIII van de Ordonnance des eaux et forêts du mois d' Août 1669, in verband met de artt. 10 no.1 en 11 der Invoeringswet, alsmede van de artt. 23 en 47 van het W. v. S. en 214 en 253 van het W. v. Sv., evenals zijne medebeklaagden, werd veroordeeld tot betaling van eene geldboete van vijf en twintig gulden, subsidiair één dag hechtenis, terwij de feiten in hooger beroep, onder toepassing van art. 55 van het W. v. S., werden gequalificeerd als: het als eigenaren van een erf grenzende aan eene bevaarbare rivier: 1o niet langs den oever minstens

24 voet ruimte in de breedte laten voor weg en jaagpad en 2° eene afsluiting hebben op minder dan 30 voet van den oever aan den kant waar de schepen getrokken worden;

Gehoort het verslag van den Raadsheer Jhr. VAN TEIJLINGEN;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den req. voorgesteld bij pleidooi:

1° Schending, althans verkeerde toepassing van art. 7 van Titel XXVIII van de Ordonnance des eaux et forêts du mois d' Août 1669, zooals dit gehandhaafd en gewijzigd is bij art. 10 n°. 1 van de wet van 15 April 1886 (Stbl. n° 64) in verband met de artt. 211 en 257 van het W. v Sv.;

2° Schending, althans verkeerde toepassing van art. 7 van Titel XXVIII van de Ordonnance voormeld, in verband met art. 4 van het Decret Imperial van 22 Januari 1808 (executoir verklaard hier te lande bij de wet van 8 November 1810 en de artt. 211 en 257 van het W. v. Sv.;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.:

Overwegende, dat req., met zijne beide medebeklaagde, terecht heeft gestaan ter zake, dat zij te zamen en in vereeniging, zijnde zij leden van de firma Peek, Lange en C° in de gemeente Amersfoort, als eigenaren van een op het erf kadastraal bekend gemeente Amersfoort sectie D. N°. 1631, grenzende aan de bevaarbare rivier de Eem en gelegen aan den linkeroever der rivier, aan den kant waar de schepen getrokken worden, in de maand November 1899 of daaromtrent hebben doen maken en sedert tot op den 29en Augustus 1900 hebben gehouden een muur tot afsluiting van hun fabrieksterrein, welke muur over

eene lengte van ongeveer 50 meter van af de stadszijde, minder dan 6 meter, in allen gevalle over hare geheele lengte, zijnde ruim 60 meter minder dan 24 voet (± 7,80 meter) van dien oever verwijderd is, en aldus dichter dan 30 voet (+ 9,75 meter) bij dien oever eene afsluiting (closture) hebben gehad of gehouden en langs dien oever daar ter plaatse minder dan 24 voet (+ 7.80 meter) ruimte in de breedte hebben gelaten voor openbaren Koninklijken weg en jaagpad (chemin royal et trait des chevaux);

O., dat tegen de bewezenverklaringen dezer feiten, in het bijzonder van het feit, dat niet langs den oever eene ruimte in de breedte van minstens 24 voet was gelaten voor openbaren Koninklijken weg en jaagpad (chemin royal et trait des chevaux) het eerste cassatiemiddel is gericht, omdat deze beslissing zoude strijden met de overweging van den Kantonrechter, dat hem uit eigen wetenschap bekend is, dat de voor het publiek bestemde weg werkelijk achter of ter zijde van de fabriek omloopt, en dat er niet in de dagvaarding is gesteld dat er een weg is;

O., dat deze grief betreft de 9e overweging van het, bevestigde vonnis, aldus luidende: „Wat betreft de opmerking van den verdediger, dat de weg niet langs „de fabriek en de Eem doorloopt, maar vóór de fa„briek achterom buigt, dat uit eigen wetenschap van „den rechter kan worden toegegeven, dat de voor „het publiek bestemde weg werkelijk achter of ter „zijde van de fabriek omloopt, maar dat er toch een „weg is tusschen de fabriek en de Eem naar het aan„grenzend perceel weiland; dat bovendien niet in de „dagvaarding is gesteld, dat er een weg is, maar dat minder ruimte is gelaten dan 24 voet, „voor open„„baren Koninklijken weg en jaagpad""";

•

dat door deze wederlegging van een punt van verdediging door den rechter is te kennen gegeven, dat er wel een weg is, voor het publiek bestemd, die achterom de fabriek heen buigt (en derhalve den oever verlaat), doch dat deze weg niet is „de open„bare Koninklijke weg en jaagpad" in de Ordonnance voorgeschreven en in de dagvaarding bedoeld;

dat de in het middel beweerde tegenstrijdigheid in het vonnis dus niet bestaat en alleen dàn eenige grond om die aan te nemen zoude aanwezig zijn, indien de dagvaarding inhield de tweeledige telastlegging van niet de voorgeschreven ruimte in de breedte te hebben gelaten, èn (voor een openbaren) koninklijken weg èn voor een jaagpad, doch dat uit het vonnis van eene dergelijke opvatting van den inhoud der dagvaarding niet blijkt;

dat voorts bij de mondelinge toelichting nog is beweerd, dat in de dagvaarding had moeten uitgedrukt zijn, dat de weg werd gebruikt voor het trekken van schuiten door paarden, omdat de in art. 7 van de Ordonnance voorkomende voorschriften alleen betrekking hebben op jaagpaden, waarlangs het trekken door paarden geschiedt;

dat evenwel, ter omschrijving van hetgeen aan de beklaagden met het oog op overtreding van het in voormeld art. 7 bepaalde moest worden ten laste gelegd, voldoende was in de dagvaarding te stellen, dat hun erf grensde aan eene bevaarbare rivier en dat geen voldoende ruimte was gelaten voor een jaagpad (chemin royal et trait des chevaux), waaruit volgde, dat het jaagpad voor het trekken door paarden moest kunnen dienen;

O., dat het eerste middel derhalve is ongegrond;

O., dat het tweede middel berust op de bewering,

dat in het bevestigde vonnis ten onrechte van de beklaagden het bewijs is gevorderd, dat bepaald vergund was het jaagpad minder dan 24 voet breed te hebben, hoewel als bewezen is aangenomen, dat op de plaats waar thans de in deze bedoelde muur staat vóór het bouwen daarvan eene afrastering van palen en ijzerdraad aanwezig was, en dat op de van wege het Gemeentebestuur van Amersfoort op 31 December 1888 gewaarmerkte kaart, de kortste afstand tusschen den stal en de Eem ongeveer 6 meter bedraagt, en dat de vergunning had moeten worden afgeleid uit het gedoogen van den bestaanden toestand gedurende tal van jaren en uit het waarmerken van de bedoelde kaart;

O., dat de rechter in het bevestigde vonnis de voormelde feitelijke gegevens onvoldoende heeft geacht voor de verdediging van den requirant en zijne medebeklaagden daarin bestaande dat, waar vroeger het hebben van eene afsluiting, waardoor de breedte van het jaagpad verminderd is door de administratie is gedoogd en toegelaten en ook het Gemeentebestuur het hebben van den stal op zoo korten afstand van de Eem heeft toegelaten, ook het bouwen van den muur en het hebben daarvan op de plaats der vroegere afsluiting niet strafbaar kan zijn, en wel, omdat art. 4 van het Keizerlijk Decreet van 22 Januari 1808, waarop men zich beriep, luidt: „L'administration pourra, lorsque le service n'en souffrira pas, „restreindre la largeur des chemins de halage, notamment quand il y aura antérieurement des clôtures, „en haiés vives murailles ou travaux d'art, ou des „maisons à détruire", waaruit volgt, dat er een besluit, eene vergunning van de administratie noodig was om toe te staan, dat het jaagpad versmald werd,

van het bestaan van welke vergunning geen bewijs is geleverd;

O., dat ingevolge art. 4 voormeld de Administratie — met andere woorden de autoriteit, die over den weg het gezag voert — op gronden van billijkheid en voor zoover de publieke dienst niet wordt benadeeld (een en ander te harer beoordeeling) kan bepalen, dat de breedte der jaagpaden wordt ingekort;

dat de woorden van het artikel „pourra restreindre" geen grond geven voor de bewering, dat een enkel gedoogen van de zijde van de administratie voldoende zoude zijn om aan te nemen, dat deze tot die inkorting zou zijn overgegaan;

dat voorts moet aangenomen worden dat, al moge men tegen de feitelijk plaats gehad hebbende inkorting, ten gevolge van het maken en aanwezig zijn van eene afrastering en van een stal binnen den voorgescheven afstand, niet zijn opgekomen, deze omstandigheid geen recht kan geven om in plaats van een en ander een muur binnen dien afstand te bouwen en te houden, maar de bezorgdheid voor de administratie onverkort laat om ten allen tijde de voorschriften van art. 7 van de Ordonnance toe te passen;

dat art. 4 voormeld dan ook wel medebrengt, dat het aanwezig zij van afsluitingen, hagen, muren enz. tot het geven van vergunning tot inkorting aanleiding kan geven, maar niet, dat het aanwezig zijn van een of ander grond oplevert om die inkorting zonder bepaalde vergunning te laten voortduren;

O., dat in het bevestigde vonnis dus te recht het vroeger ter plaatse aanwezig zijn van eene afsluiting niet voldoende is geoordeeld om het bestaan van eene vergunning door de administratie aan te nemen,

terwijl evenzeer met juistheid is beslist, dat het aangegeven zijn van een stal op de overgelegde kaart als eenvoudig weergevende den feitelijken toestand van het terrein — niet aldoet;

O., dat derhalve ook het tweede middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 79.

CASSATIE. — BESCHIKKING VAN EEN RECHTER-COMMISSARIS. — ART. 95 R. O.

Tegen beschikkingen van een rechter-commissaris in een rekeningproces is een beroep in cassatie met het oog op art. 95 R. O. niet ontvankelijk.

Request:

Aan den H. R. der Ned.

Geeft eerbiedig te kennen:

J. S., loodgieter, wonende te Rotterdam, ten deze woonplaats kiezende te 's-Gravenhage aan de Spuistraat n°. 7 ten kantore van ondergeteekende, advocaat en procureur bij den Hoogen Raad, die als zoodanig voor hem optreedt en hem vertegenwoordigt.

Dat hij bij vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam den 18 Mei 1896 gewezen in de zaak van nu wijlen H. C., als eischer, contra hem, gedaagde, is veroordeeld om rekening en verantwoording te doen van het door hem gevoerd beheer over eenige bij dat vonnis vermelde werken.

Dat hij op den 29sten Juni 1896 bedoelde rekening en verantwoording voor den bij gezegd vonnis benoemden Rechter-Commissaris heeft afgelegd.

Dat hij de afgelegde rekening en verantwoording om gegronde redenen vooralsnog niet heeft beteekend.

Dat genoemde H. C. in het jaar 1900 is overleden.

Dat op den 4en Januari 1901 aan den voor hem geoccupeerd hebbenden procureur Mr. M. T. de B. is beteekend geworden eene procureursakte, waarbij procureur Mr. M. T. die als zoodanig voor den overledene had geoccupeerd, zeggende te occupeeren voor de gezamenlijke erven van genoemden H. C., zijnde G. E. A., E. E. V, E, H; C. V.; L. D. V.; H. J. en J. M. C., staande onder voogdij hunner moeder V. P. te Rotterdam en H. E. J. H. C. te Rotterdam, doet beteekenen eene memorie van debat op de afgelegde doch niet beteekende rekening en verantwoording.

Dat gemelde gezamenlijke erven van H. C. op den 6 Febr. 1901 aan den Heer Mr. A. O. H. T., Rechter in de Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam, den bij het meer gemelde vonnis benoemden Rechter-Commissaris hebben ingediend een verzoekschrift strekkende om partijen te gelasten om op een door zijn Edel Achtbare te bepalen dag en uur voor zijn Edel Achtbare te verschijnen ten einde zich omtrent de besliste artikelen te verklaren.

Dat de Rechter-Commissaris voornoemd bij bevelschrift dd. 12 Febr. 1901 heeft gelast de verschijning van partijen ten fine als gevraagd op Woensdag 13 Maart 1901 des namiddags ten twee ure.

Dat de Rechter Commissaris voornoemd bij beschikking van den 13n Maart 1901, waaruit blijkt, dat hij, requestrant, noch zijn procureur was verschenen, heeft bepaald verslag te zullen uitbrengen ter terechtzitting van gemelde Rechtbank van 25 Maart 1901.

Dat hij zich door voormeld bevelschrift van den 12en Februari 1901 en door voormelde beschikking van den 13en Maart 1901 bezwaard gevoelt en daarom

bij deze daarvan komt in cassatie bij Uwen Raad, en als middel van cassatie eerbiedig voordraagt:

Schending, immers verkeerde toepassing van artikel 778 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de artikelen 772, 774, 775, oud, en 777 van datzelfde Wetboek. omdat de Rechter-Commissaris ten wiens overstaan de ten deze bedoelde rekening en verantwoording moest worden en is gedaan, ontvankelijk heeft geacht een verzoekschrift tot bepaling van dag en uur voor eene comparatie van partijen, en wijders een dag heeft bepaald, waarop zijn Edel Achtbare ter terechtzitting verslag zal uitbrengen, ofschoon de afgelegde rekening en verantwoording aan de wederpartij nog niet beteekend is en de tot bewijs strekkende bescheiden nog niet zijn medegedeeld.

Weshalve hij zich bij deze wendt tot Uwen Raad met eerbiedig verzoek om het bevelschrift en de beschikking, waarvan cassatie, te vernietigen, en verder zoodanige uitspraak te geven als Uwen Raad zal vermeenen te behooren.

'sGravenhage, 22 Maart 1901.

't Welk doende enz.
(Get). D. S. v. E.
Advocaat.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

De Proc.-Gen.,

Gezien vorenstaand verzoekschrift met bijlagen en het daartegen ingediende verweerschrift;

Overwegende, dat artikel 95 der Wet op de Rechterlijke Organisatie, dat wegens het bepaalde bij het tweede der Additioneele artikelen van de Grondwet nog altijd van kracht is, de bevoegdheid van den Hoogen Raad in cassatie beperkt tot kennisneming

van eischer gericht tegen handelingen in het hoogste ressort van de Hoven, Arrondissements-Rechtbanken en Kantongerechten, zoodat het beroep in cassatie tegen de beschikking en het bevelschrift, waartegen deze voorziening is gericht, niet ontvankelijk is (arrest van 14 Jan. 1898, R. Dl. 178, § 10).

Concludeert tot niet-ontvankelijk verklaring van het beroep.

Parket, 29 Maart 1901.

Besch. van den H. R. van 4 April 1901:

De H. R. der Ned., vergaderd in Raadkamer;

Gezien het vorenstaande verzoekschrift met bijlagen en het daartegen ingediende tegen-verzoekschrift;

Gezien de conclusie van den Proc.-Gen. op het verzoekschrift gesteld, strekkende tot niet-ontvankelijk verklaring van het beroep;

Zich vereenigende met die conclusie en alhier overnemende de daarin vervatte motieven;

Verklaart den verzoeker niet ontvankelijk in het door hem ingesteld beroep.

§ 80.

AANNEMER (VERPLICHTIMG VAN DEN). — ONDERAANNEMER.

Al moge het in het algemeen geen verplichting des aannemers zijn om te ontvangen wat de onderaannemer hem heeft te leveren, is in deze, bij hetgeen hier feitelijk vaststaat, te recht eene verplichting des eischers in cassatie aangenomen.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

Als 1e middel van cassatie is aangevoerd: „Schending, althans verkeerde toepassing van de artt. 1932,

1933, 1934 en 1935 van het Burgerlijk Wetboek, in verband met de artt. 1902 van hetzelfde Wetboek en 1, 2, 3 en 4 van het Wetboek van Koophandel, door niet toe te laten getuigenbewijs voor de verbintenis van den steenhouwer tot levering krachtens verkoop van eene groote hoeveelheid bewerkte steen, door hem in België gekocht".

Naar het mij voorkomt, stuit het middel af op 's Hofs *feitelijke* beslissing. De hier bedoelde. overweging is de 12[de] in jure. Zonder onduidelijk te zijn kan ik mij niet ontslaan van de mededeeling dier overweging in haar geheel. Zij is deze : „dat de tweede grief luidt: dat de Rechtbank in het vonnis, waarop appel ten onrechte heeft aangenomen, dat appellant, als eischer in conventie, niet toelaatbaar was tot bewijs door getuigen ; dat die grief daarop gegrond is, dat de Rechtbank misschien te recht aan de verbintenis van appellant uit de tusschen partijen gesloten overeenkomst geen handelsrechtelijk karakter toekende, maar daaruit niet volgt, dat de verbintenis van geintimeerde uit die overeenkomst geen handelskarakter droeg; dat appellant dat handelskarakter wil afleiden uit het bewijs van geintimeerde van steenhouwer die een groote hoeveelheid bewerkte steen kocht in België om die aan appellant te verkoopen; dat appellant daarbij echter voorbijziet, dat *volgens de introductieve dagvaarding,* hij *aannemer* zijnde van een bouwwerk voor het Ministerie van Oorlog, ten deze optreedt als *onderaanbesteder* van een deel van dat werk aan geintimeerde, die dat *onderaangenomen* heeft, zoodat hier — waar noch omtrent de wijze van aanschaffing van de steen, noch omtrent degene, die deze moest bewerken, eenige beperkende bepaling is gemaakt — geen beroep op hetgeen met het gedeelte

dat geleverd is, heeft plaats gehad, te pas komt, maar *het eene zuivere overeenkomst geldt tusschen een aannemer en een onderaannemer*; dat dergelijke overeenkomst, waarbij beide partijen als aannemers, dat is niet als kooplieden, optreden, voor geen van beiden, wat ook overigens hun beroep moge zijn, een handelsrechtelijk karakter draagt, zoodat, waar in confesso is, dat het hier een verbintenis omtrent meer dan *f* 300. — geldt, alle bewijs door getuigen omtrent het aanwijzen van eenige overeenkomst is uitgesloten".

Men ziet uit de aangehaalde overweging van het bestreden arrest dat de grief van den eischer in cassatie, die nu weder in het middel is te berde gebracht, door het Hof ongegrond is geoordeeld, niet met aanvoering van rechtsbeschouwingen, maar met een verwijzing naar de *dagvaarding*, zoodat men hier te doen heeft met eene *uitlegging der dagvaarding*, die altijd *feitelijk* is. En nu trekt het Hof uit deze uitlegging wel de *juridische* gevolgtrekking, dat omdat beide partijen als *aannemers* hebben gehandeld, zij niet als *kooplieden* zijn opgetreden; maar deze stelling wordt in het middel met geen enkel woord bestreden.

Het 2e middel heet: Schending en verkeerde toepassing der artikelen 1549 en 1553 in verband met de artt. 1302 en 1303 van het Burgerlijk Wetboek, omdat, waar tot de wettelijke verplichting des eischers in cassatie niet behoorde de in ontvangstneming van de geheele of gedeeltelijke leverantie, de ontbinding der overeenkomst ten onrechte in reconventie is uitgesproken op grond eener in mora stelling om eene leverantie te accepteeren.

Het moge waar zijn dat het in ontvangst nemen van de geleverde waar niet tot de verplichtingen van den kooper behoort, die alleen dan prijs heeft te

betalen, maar, daargelaten dat men hier niet met koop en verkoop, doch met aanbesteding en aanneming van werk te doen heeft, kunnen partijen, naar goedvinden, bij overeenkomst, hare wederzijdsche rechten en verplichtingen regelen. En wanneer nu de judex factie die overeenkomst heeft *uitgelegd*, dan kan van tegen 's rechters uitlegging als van geheel *feitelijken* aard in cassatie niet meer opkomen.

Hoe is nu ten deze de overeenkomst tusschen partijen gesloten, door het Hof bij het bestreden arrest uitgelegd? De grief van den eischer in cassatie tegen het vonnis der Rechtbank was deze, dat de Rechtbank in de tot den eischer in cassatie gerichte sommatie om de steen in ontvangst te nemen en te lossen ten onrechte gelezen had: de steen te brengen aan het werk ter keuring door de Directie.

Die grief wordt echter door het Hof ongegrond geacht; dit toch, zegt het Hof in de 14e overweging in jure, „het in ontvangst nemen, hier geen accepteeren der waar als goed geleverd beteekent, maar een feitelijk tot zich nemen, hetgeen in de sommatie duidelijk wordt aangegeven door de bijvoeging van het woord „lossen", dat alleen ziet op eene verwijdering uit het vervoermiddel". En nu, sprekende van het tusschen partijen overeengekomene, gaat het Hof aldus voort: „dat dit in ontvangst nemen en lossen een *bepaalde plicht* was, die ten deze op appellant rustte, *waar onderaanbesteed was op keur der Directie en dit ter keuring aanbieden door appellant, als hoofdaannemer, moest plaats hebben, om geïntimeerde intijds te doen weten, wat goed — en wat afgekeurd werd, en ook om den loop van den termijn van betaling te doen aanvangen, — terwijl uit de voorwaarden „op keur der Directie volgt, dat*

appellant eerst na goedkeuring tot behouden en betalen van het geleverde verplicht was".

Het is derhalve meen ik duidelijk genoeg dat ook dit 2e middel afstuit op eene *feitelijke* beslissing van het aangevallen arrest.

Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 4 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. Gregory, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het arrest, door het Gerechtshof te Amsterdam op 25 Juni 1900 tusschen partijen gewezen, zijn aangevoerd als middelen van cassatie:

1o Schending, althans verkeerde toepassing van de artt. 1932 tot en met 1935, in verband met art. 1902, alle van het B. W. en de art. 1 tot en met 4 van het W. v. K., door niet toe te laten getuigenbewijs voor de verbintenis van den steenhouwer tot levering, krachtens verkoop, van eene groote hoeveelheid bewerkte steen, door hem in België gekocht; en

2o Schending en verkeerde toepassing der artt. 1549 en 1553, in verband met de artt. 1302, 1303 van het B. W. omdat, — waar tot de wettelijke verplichting des eischers in cassatie niet behoorde de in ontvangstneming van de geheele of gedeeltelijke leverantie de ontbinding der overeenkomst ten onrechte in reconventie is uitgesproken op grond eener — in morastelling om eene leverantie te accepteeren;

O., dat, volgens het bestreden arrest, vaststaat, dat de eischer in cassatie, van den Minister van Oorlog aangenomen hebbende het bouwen van een kazernement

voor twee bataljons infanterie te Breda, aan den verweerder in cassatie het hiervoor benoodigde hardsteenwerk heeft onderaanbesteed; dat van deze overeenkomst beide partijen bij de Arr. Rechtb. te Haarlem wegens beweerde wanpraestatie der wederpartij hebben gevorderd, en wel de eischer in cassatie bij eisch in conventie en de verweerder in cassatie bij eisch in reconventie, ontbinding met schadevergoeding dat bij vonnis dezer Rechtbank van 27 Juni 1899 de eisch in conventie ontzegd en de eisch in reconventie toegewezen is, en dat dit vonnis, op het hooger beroep van den eischer in conventie, verweerder in reconventie, is bekrachtigd bij het nu bestreden arrest;

Ten aanzien van het eerste middel van cassatie:

O., dat de eischer in cassatie zijne vordering tot ontbinding in conventie deed rusten op de klacht, dat de verweerder in verzuim was gebleven hardsteenwerk binnen den daarvoor bij de overeenkomst bepaalden termijn te leveren, en de eischer, na de ontkentenis door den verweerder van die termijnbepaling, heeft verzocht het bedongen zijn van dien termijn door getuigen te mogen bewijzen, en dat het eerste cassatiemiddel de afwijzing van dit verzoek betreft;

O., dat het Hof die afwijzing hierop grondt, dat het hier „eene zuivere overeenkomst geldt tusschen „een aannemer en een onderaannemer; dat dergelijke „overeenkomst, waarbij beide partijen als aannemers, „d. i. niet als kooplieden, optreden, voor geen van „beiden, wat ook overigens hun beroep moge zijn, „een handelsrechtelijk karakter draagt, zoodat ,waar in „confesso is, dat het hier eene verbintenis omtrent meer „dan *f* 300.— geldt, alle bewijs door getuigen omtrent „het aanwezen van eenige overeenkomst is uitgesloten";

O., dat deze grond van beslissing bij het cassatie-

middel niet wordt bestreden en dat hierom dit middel is onaannemelijk; en

Ten aanzien van het tweede middel van cassatie:

O., dat bij het bestreden arrest, na vermelding eener aan den eischer beteekende sommatie om zekere door den verweerder aangeboden hoeveelheid hardsteen feitelijk tot zich te nemen, is beslist: „dat dit in ontvangst „nemen en lossen een bepaalde plicht was, die ten deze „op appellant rustte, waar onderaanbesteed was op „keur der directie, en dit ter keuring aanbieden door „appellant als hoofdaannemer moest plaats hebben, om „geïntimeerde intijds te doen weten, wat goed- en „wat afgekeurd werd";

O. nu, dat, al moge het in het algemeen geene verplichting des aannemers zijn om te ontvangen wat de onderaannemer hem heeft te leveren, in deze, bij hetgeen hier feitelijk vaststaat, te recht eene verplichting des eischers in cassatie is aangenomen;

O., dat dan ook door de toewijzing van de ook op niet-nakoming van deze verplichting in reconventie door den verweerder gegronde vordering tot ontbinding geen der bij het tweede middel aangehaalde artikelen is geschonden of verkeerd toegepast;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt den eischer in de kosten van cassatie;

§ 81.

GETUIGENISSEN OP EIGEN WAARNEMING GEGROND. — WAARNEMINGEN DOOR GETUIGEN.

De bij het eerste middel als bijzondere meeningen of gissingen gewraakte verklaringen hebben dit karakter niet, maar konden als op eigen waarneming gegronde getuigenissen tot het wettig bewijs der den beklaagden ten laste gelegde feiten medewerken.

Waar het betreft een feit, gezamenlijk bedreven, door meer dan één persoon, kunnen waarnemingen omtrent de gedragingen van den eenen dader uit den aard der zaak één bestanddeel vormen van het bewijs der gansche aanklacht zoowel ten laste van den een als ten laste van den ander

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

Als eerste middel van cassatie is in deze zaak voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing der artt. 216, 211, 221, 223, 391, 392 en 398 van het W. v. Sv., doordien in het bij het arrest bevestigde vonnis als bewijsmiddel zijn gebruikt de verklaringen van drie getuigen ook voor zooverre die verklaringen bijzondere bij redeneering opgemaakte meeningen of gissingen behelsden,

1o van den eersten getuige (C. van den G.) de verklaring „dat men van het open terrein gemakkelijk langs een goot of op andere wijze op het dak kan komen",

2o van den tweede getuigen (J. B.) de verklaring, „dat men langs een hek op zij van de loods gemakkelijk op het dak der loods kan klimmen",

3o van den elfden getuige (J. de L.) de verklaring, „dat hij den tweeden beklaagde eene groote hoeveelheid centen en halfstuiverstukken uit den zak zag halen tot een bedrag van wel *f* 20".

Dit middel komt mij voor niet gegrond te zijn.

De verklaringen van de getuigen v. d. G. en B. mogen, zooals bij de mondelinge toelichting werd gezegd, berusten op eene vergelijking van feiten en daarvan de slotsom zijn, zij behelzen er niet minder een feit om; het vaststellen van een feit is steeds de slotsom eener vergelijking van andere feiten.

De wet verbiedt dan ook niet meer dan eene meening of gissing als slotsom eener redeneering voor

bewijsmiddel te doen gelden. Hier is geen sprake van het beoordeelen van feiten niet door de getuigen zelven waargenomen, maar van het bespreken van eenen feitelijken toestand, bekend aan de getuigen, hetzij door langdurige bekendheid een mede in de uitoefening van de beroepsbezigheden verkregen, hetzij ten gevolge van eene opzettelijk gedane waarneming ter gelegenheid van een plaatselijk onderzoek.

Niet anders is het met de derde der gewraakte getuigenverklaringen. V. L., die eene zekere hoeveelheid geldstukken qualificeert als bedrag van wel ƒ 20.— kan door eene eenvoudige waarneming in verband met ervaring omtrent den aanvang dien een zeker bedrag in bepaalde muntstukken heeft, het bedrag van een gegevene hoeveelheid vaststellen zonder in het uitspreken van meeningen of gissingen te vervallen.

Het tweede middel heet: Schending of verkeerde toepassing van de artt. 216, 211, 221, 391, 392, 406, 407 en 408 van het W. v. Sv., doordien in het bij het arrest bevestigde vonnis als aanwijzing tot requirants schuld is gebezigd de verklaring van een getuige, zijnde de tiende getuige A. N. v. B., die geheel uitsluitend betreft waarnemingen van dien getuige aangaande den eersten beklaagde.

Naar mijn inzien betreft het middel de vraag naar de kracht door den rechter in factis aan de aanwijzingen toegekend, en kan het daarom niet tot cassatie leiden.

Vermits alzoo beide middelen mij onvoldoende voorkomen, concludeer ik tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 9 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van D. A., volgens zijne opgave oud 24 jaren, geboren te Kralingen, wonende te Rotter-

dam, van beroep los werkman, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van den 10en Januari 1901, waarbij, met toepassing van de artt. 239 en 247 van het W. v. Sv., en vrijspraak van een gedeelte der aanklacht, is bevestigd het vonnis, den 23en October bevorens in deze zaak gewezen door de Arr. Rechtb. te Rotterdam, bij hetwelk de requirant met eenen medebeklaagde is schuldig verklaard aan diefstal door twee vereenigde personen, waarbij de schuldige zich den toegang tot de plaats des misdrijfs heeft verschaft door middel van verbreking, inklimming en valschen sleutel en het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van braak, terwijl tijdens het plegen van het misdrijf nog geen vijf jaren zijn verloopen, sedert de schuldige eene tegen hem wegens diefstal uitgesproken gevangenisstraf geheel heeft ondergaan, en de requirant te dezer zake, met toepassing van de artt. 310, 311, 4° en 5°., 421 van het W. v. S., de artt. 214, 219, 87 en 88 van het W. v. Sv., is veroordeeld tot eene gevangenisstraf van drie jaren, met uitspraak omtrent de teruggaaf der stukken van overtuiging;

Gehoord het verslag van den Raadsheer EYSSELL;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den req. voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 216, 221, 223, 391, 392 en 398 van het W. v. Sv., doordien in het bij het arrest bevestigde vonnis als bewijsmiddel zijn gebruikt de verklaringen van drie getuigen, ook voor zooverre die verklaringen bijzondere, bij redeneering opgemaakte meeningen of gissingen behelsden; 1°. van den eersten getuige (C. v. d. G.) de verklaring: „dat men van het open terrein gemak-

kelijk langs een goot of op andere wijze op het dak kan komen; 2°. van den tweeden getuige (J. B.) de verklaring: „dat men langs een hek op zij van de loods gemakkelijk op het dak der loods kan klimmen; 3°. van den elfden getuige (J. de L) de verklaring: „dat hij den tweeden beklaagde eene groote hoeveelheid centen en halfstuiverstukken uit den zak zag halen tot een bedrag van wel twintig gulden;

II. Schending of verkeerde toepasing der artt. 216, 211, 221, 391, 392, 406, 407 en 408 van het W. v. Sv., doordien in het bij het arrest bevestigde vonnis als aanwijzing tot requirants schuld is gebezigd de verklaring van een getuige, zijnde de tiende getuige, A. N. v. B., die geheel uitsluitend betreft waarnemingen van dien getuige aangaande den eersten beklaagde;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende enz.;

O., dat het beroep, als ingesteld onbeperkt, ook is gericht tegen de in het arrest vervatte vrijspraak, doch in zoover is niet-ontvankelijk;

O. overigens omtrent dit beroep, dat bij het vonnis op bij het beklaagde arrest overgenomen gronden, ten laste van den requirant en zijnen medebeklaagde als bewezen is aangenomen, dat zij in den nacht van 27 op 28 Maart 1900 te Gouda te zamen en in vereeniging, met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening, hebben weggenomen uit het kantoor der goederenloods van het stoombootenveer een geldswaardig bedrag, door de Rechtbank op *f* 40 gesteld, aan rijksdaalders, guldens, halvestuiverstukken en centen, toebehoorende aan C. v. d. G. althans aan een ander dan den requirant en zijnen medebeklaagde, na zich den toegang tot die loods te hebben verschaft door op het dak van die loods te klimmen, van dat dak een zestal pannen en

een paar pannenlatten te verwijderen en door die aldus ontstane opening in die loods te klimmen en de deur van het zich in die loods bevindende kantoor met een valschen sleutel te openen en na het weg te nemen bedrag onder hun bereik te hebben gebracht door den in dat kantoor staanden gesloten lessenaar, waarin zich dat geld bevond, met een steekbeitel of ander voorwerp open te breken;

O. aangaande het eerste cassatiemiddel en allereerst ten aanzien der eerste twee getuigenverklaringen, waaraan dat middel wordt ontleend:

dat, blijkens den in het vonnis vermelden inhoud van diens verklaring, de getuige C. v. d. G. op 27 Maart 1900 was commissaris van stoombooten te Gouda, en in die hoedanigheid aldaar in gebruik had, op een van den Turfsingel duidelijk zichtbaar afgesloten terrein, de loods met daarin afgesloten kantoor; uit welke de ten laste van den requirant en diens medebeklaagde bewezen verklaarde diefstal is geschied; dat door hem voorts allerlei bijzonderheden zijn opgegeven, aantoonende eene met het gebruik der loods verbonden en daardoor verkregen nauwkeurige bekendheid met de gansche uiterlijke en innerlijke gesteldheid dier loods en de getuige aan het slot dier verklaring heeft gedaan de opgaaf, tegen welke het cassatiemiddel is gericht;

dat de aanhef der in het vonnis opgenomen verklaring van den getuige B. luidt: „dat hij in den nacht van „27 op 28 Maart 1900 te ongeveer 3 uur in zijne „hoedanigheid van hoofdagent van politie en onbezoldigd „rijksveldwachter te Gouda met getuige A. een onder„zoek heeft ingesteld in een loods op een open terrein „in gebruik bij getuige v. d. G., een en ander „duidelijk zichtbaar van den Turfsingel, en aldaar be-

„vond, dat men langs een hek op zij van de loods „gemakkelijk op het dak der loods kan klimmen";

dat deze op een voortdurend gebruik of op de uitkomsten van eene opzettelijke nauwkeurige waarneming berustende verklaringen niet uitmaken vergelijkingen— zooals ter ondersteuning van het middel is aangevoerd, der aanwending van menschenkracht met zekere toestanden en uit dien hoofde meeningen of gissingen, maar zijn verklaringen omtrent datgeen, wat de aan de getuigen nauwkeurig bekend geworden gesteldheid der loods in zich sluit omtrent de daardoor geboden wordende gelegenheid om het dak der loods te bereiken; dat alzoo ook die gelegenheid behoort tot den kring van datgeen, wat eenen getuige door eigen aanschouwing kennelijk wordt en dus de door v. d. G. en B. gedane opgaven, daaromtrent aan de vereischten eener getuigenverklaring voldoen;

O. ten aanzien der verklaring van den getuige d. L. dat, waar een aantal geldstukken door eenen getuige gezien zijn, ook de totaalsom welke al die geldstukken te zamen vormen door middel van deze, zijne waarneming ter kennis van den getuige kan komen en dus zijne verklaring hoeveel die totaalsom wel bedraagt, niet is eene opgaaf het karakter hebbende van bloote meening of gissing; terwijl de mindere stelligheid harer bewoordingen alleen raakt de aan haar toe te kennen, in cassatie niet te onderzoeken, bewijskracht;

O., dat dus het eerste cassatiemiddel niet kan opgaan;

O. ten aanzien van het tweede middel, dat de req. en zijn medebeklaagde zijn schuldig verklaard aan eenen diefstal door hen gepleegd te zamen en in vereeniging;

dat, waar het betreft één feit gezamenlijk bedreven, datgene wat waargenomen is omtrent de gedragingen van den eenen dader uit den aard der zaak een be-

standdeel kan vormen van het bewijs voor de gansche telastlegging en dus in aanmerking mag genomen worden tot staving van die telastlegging zoowel opzichtens den eenen als den anderen der bedrijvers, terwijl de vraag, of de verklaring werkelijk de daaraan toegekende bewijskracht als aanwijzing ten aanzien van het geheel of zeker deel van die telastlegging heeft, behoort tot het aan onderzoek in cassatie onttrokken gebied van den rechter, die over de feiten oordeelt;

O., dat dus ook het tweede cassatiemiddel is ongegrond;

Gezien art. 347 van het W. v. Sv.;

Verklaart het beroep niet-ontvankelijk voor zoover het tegen de gegeven vrijspraak is gericht;

Verwerpt overigens dat beroep.

§ 82.

INCIDENTEELE VORDERING. — INCIDENTEEL GEVORDERDE OPENLEGGING DER BOEKEN. — ART. 11 W. V. K. —

Ofschoon elke incidenteele vordering den voortgang van het proces eenigermate stremt, geeft dit den rechter geen bevoegdheid den eischer in elke incidenteele vordering tot bewijslevering niet ontvankelijk te verklaren.

Dit was ook hier niet geoorloofd, omdat de incidenteel gevorderde openlegging van boeken, tot klaarheid kunnende brengen den omvang van eischers rechten, op den stand en den loop van het proces van invloed kon zijn, zoodat de eischer belang kon hebben zijn op art. 11 W. v. K. gegrond recht in dat geding bij incidenteele conclusie te doen gelden.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

Het eenige middel in deze zaak is: Schending en verkeerde toepassing van de artt. 11 K., 247, 249, 140, 144, 347, 353 Rechtsv., 122 Faill. wet, omdat het Hof de in een verificatie geschil tegen de curators gedane incidenteele vordering tot openlegging der boeken, heeft verklaard niet-ontvankelijk op deze overweging, dat, daargelaten of ook zonder toestemming der wederpartij onder zoodanige omstandigheden (sc. dat over en weer reeds ten principale was geconcludeerd) eene door de wet niet uitdrukkelijk in iederen stand van het geding toegelaten incidenteele conclusie kan worden genomen, requirants conclusie echter in geen geval met het oog op hare strekking als incidenteele conclusie in dat geding in aanmerking kan komen, omdat de strekking dier conclusie, als krachtens artikel 11 K. genomen, is, om requirant, als pretens gerechtigde tot de boeken, met den inhoud der geheele boekhouding bekend te maken, terwijl de bij requirant tijdens het proces opkomende behoefte om van den omvang zijner rechten op de hoogte te komen geen grond kan opleveren om den voortgang van het proces te stremmen, maar dientengevolge ook eventueele toewijzing der vordering geheel zonder invloed zou blijven op den stand en den loop van het proces, en er voor requirant dus geen belang bestaat, in dit geding zoodanig tusschengeschil op te werpen en daartoe eene conclusie te nemen.

Ik houd de aangevallen uitspraak, die in het middel volledig is medegedeeld, voor onjuist. De eischer in cassatie tijdens dit proces „de behoefte" gevoelende om op de hoogte te komen van zijne rechten en te dien einde openlegging d.i. de mededeeling communication (art. 14 C.C.) van des gefailleerden boeken willende

vragen, had wel degelijk belang dit te doen *bij incidenteele vordering in dit proces*, omdat het voor hem, juist in dit proces, waarin zijne vordering om als schuldeischer in het faillissement erkend te worden, voor een gedeelte werd betwist, van groot belang was met den inhoud der geheele boekhouding van den gefailleerde bekend te worden om zich te te verzekeren van den omvang ook van zijn recht in dit geding, en bewijs voor zijne gedeeltelijk gecontracteerde vordering uit de boeken te kunnen putten. De vordering tot openlegging der boeken was dus niet een *hors d'oeuvre* in dit proces, maar een middel om de oplossing van het geschil te bevorderen, en vermits nergens in de wet eene bepaling te vinden is, waaruit zou zijn af te leiden, dat een crediteur het hem ex art. 11 K. toekomende recht niet of niet incidenteel in het verificatie proces zou mogen laten gelden, zoo heeft het Hof, door de uitgesproken niet-ontvankelijk verklaring, aan den eischer in cassatie zonder wettigen grond een recht onthouden, dat hem krachtens art. 11 K. toekomt, en dus dat artikel geschonden.

Of zou juist zijn de bewering der verweerders dat, ook al is het motief van de uitgesproken niet ontvankelijk verklaring onjuist, toch art. 11 K. niet is geschonden, daar op andere rechtsgronden 's Hofs uitspraak behoort te worden gehandhaafd? Ik geloof het niet.

De vordering tot boekenopenlegging zou volgens de verweerders, niet toekomen aan de schuldeischers *individueel*, maar alleen aan de curators, die voor de gezamenlijke schuldeischers optreden. Vooreerst wensch ik op te merken, dat de, in het verifiatie-

proces de vordering eens schuldeischers (zoo als casu) voor een gedeelte betwistende, curator niet voor, maar tegen dien schuldeischer optreedt, en de toekenning aan de curators het recht om openlegging der boeken van den failliet te vragen was ook met het oog op de bepalingen van het 3e boek van het Wetb. van K., al komt daarin niet eene bepaling voor als in art 92 der Faillissementswet, overbodig als uit hun recht van beheer en casu quo vereffening voortvloeiende.

De wet zegt niet wat de verweerders beweren. Maar brengt de aard der zaak dat dan mede? Ik meen dat te mogen betwijfelen. De schuldeischers hebben er belang bij met den toestand des boedels bekend te worden; daarom kan ieder van hen de openlegging der boeken vorderen en dat moge zijn een exorbitant recht, de toekenning daarvan is gerechtvaardigd door den exceptioneelen toestand, waarin zij ten gevolge van het faillissement verkeeren, en dat het voor de schuldeischers vooral van groot belang is dat recht te kunnen uitoefenen, wanneer zij staan tegenover den curator kan, meen ik, niet wel betwijfeld worden. Men zie FAURE IV bladz. 187. De openlegging van ons art. 11 K. is, zooals HOLTIUS opmerkt, de onbehulpelijke benaming voor mededeeling, voor de *Communication* van artikel 14 C.C. en daarom verwijs ik ook naar LYON-CAAN, DROIT Commercial (3 éd.) I bladz. 306. Omtrent eene tweede bewering van de verweerders, dat de vordering uit art. 11 K. niet als incident in een aanhangig rechtsgeding kan worden gedaan, heb ik reeds met een enkel woord mijn gevoelen gezegd. De verweerders beroepen er zich op dat eene uitdrukking als in art. 12 K. *„in den loop van het rechtsgeding"* op de woorden van art. 1923 B. W. *„in elken stand van het geding"* in art. 11 K. niet voorkomen.

Dat is echter verklaarbaar, vermits de vordering van art. 11 K. ook onafhankelijk van eenig proces *kan* worden gedaan, en ik zie niet in dat die vordering niet incidenteel in een hangend proces zou kunnen worden gedaan, wanneer de schuldeischer juist in dat proces tot handhaving van zijn recht met den inhoud der geheele boekhouding wenscht bekend te worden.

Eindelijk is de derde bewering van de verweerders, dat in elk geval geene incidenteele vordering betrekkelijk de zaak ten principale meer kon worden ingesteld, waar in die zaak de conclusien reeds gewisseld waren.

Er was door de geintimeerden incidenteel geappelleerd, op dat appel is niet gediend van antwoord, maar ten dage voor het nemen dier conclusie bepaald is de incidenteele vordering, die het principale appel betrof, bij conclusie gedaan. En dat kon m.e. geschieden, omdat nergens in de wet is bepaald, dat na het nemen der conclusie van antwoord in appel, en terwijl het debat nog niet is gesloten, geene incidenteele vorderingen meer kunnen worden toegelaten, in vele gevallen juist eerst de conclusie van antwoord in appel aan den appellant aanleiding zal geven tot het doen van eene incidenteele vordering, en de zin van artikel 247 Rv. m.i. niet is een bepaalden dag voor het doen van incidenteele vorderingen aan te wijzen, maar den vorm aan te geven, waarin de incidenteele vorderingen behooren te worden gedaan, n.l. bij conclusie ter rolle.(*)

Ik concludeer tot cassatie van het beklaagde arrest, behalve voor zoover de beslissing op het incidenteel appel aangaat, met verwijzing der zaak naar het Hof

(*) Het arrest van 22 Juni 1860 is ook te vinden bij v. d. HONERT Burg. recht, Dl. 24 bladz. 239.

en veroordeeling van de verweerders qq. in de kosten.

Arrest H. R. van 12 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende, tot enz,:

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het arrest, door het Gerechtshof te Amsterdam den 21 Juni 1900 onder no. 2327 (faillissement van F. D. lid der firma A. D. en Co) tusschen partijen gewezen, als middel van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van art. 11 van het W. v. K., de artt. 247 tot en met 249, 140 tot en met 144, 347 en 353 van het W. v. B. Rv. en art. 122 der Faillissementswet, omdat het Hof de in een verificatiegeschil tegen de curators gedane incidenteele vordering tot openlegging der boeken heeft verklaard niet-ontvankelijk op deze overweging: „dat, daargelaten, of, ook zonder toestemming der „wederpartij onder zoodanige omstandigheden (namelijk dat over en weder reeds ten principale was ge„concludeerd) eene door de wet niet uitdrukkelijk in „iederen stand van het geding toegelaten incidenteele „conclusie kan worden genomen, — requirants conclusie echter in geen geval, met het oog op hare „strekking, als incidenteele conclusie in dat gedeelte in aanmerking kan komen, omdat de strekking dier con„clusie, als krachtens art. 11 van W. v. K. genomen, „is om requirant, als pretens gerechtigde tot de boe„ken, met den inhoud der geheele boekhouding bekend te maken, terwijl de bij requirants tijdens het „proces opkomende behoefte om van den omvang „zijner rechten op de hoogte te komen, geen grond

„kan opleveren om den voortgang van het proces „te stremmen, maar dientengevolge ook eventueele „toewijzing der vordering geheel zonder invloed zou „blijven op den stand en den loop van het proces, en er „voor requirant dus geen belang bestaat in dit geding „zoodanig tusschengeschil op te werpen en daartoe „eene incidenteele conclusie te nemen";

O., dat volgens het bestreden arrest vaststaat, dat wegens een verificatiegeschil in het faillissement van F. D., waarin de verweerders curators zijn, de Rechter-Commissaris partijen heeft verwezen naar de terechtzitting der Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam, die bij vonnis van den 7en October 1898, de door verweerders gevorderde nietigverklaring van eischers conclusie, betrekkelijk zekere post niet uitsprekende, hem in de bij die conclusie gedane vordering heeft verklaard niet-ontvankelijk, des eischers vordering voor zeker bedrag als deugdelijk heeft erkend en hem het meer gevorderde heeft ontzegd;

O., dat op gelijke wijze vaststaat, dat de eischer van dit vonnis is gekomen in hooger beroep, met conclusie tot vernietiging van dat vonnis en toewijzing zijner oorspronkelijke vordering; dat de verweerders bij conclusie van antwoord incidenteel hebben geappelleerd, voor zoover betreft het niet uitspreken der door hen gevorderde nietigverklaring eener conclusie des eischers, dat daarna, ten dage voor het nemen der conclusie van antwoord op het incidenteel appel bepaald, de eischer bij incidenteele conclusie, die alleen in verband met het principaal appel, en nadat hierop reeds van antwoord was gediend, werd genomen, — heeft geconcludeerd, dat ingevolge art. 11 van het W. v. K. de openlegging der boeken van de gefailleerde vennootschap zou worden bevolen, waar-

op is geantwoord met conclusie tot terzijdestelling van, immers niet-ontvankelijkverkaring in die incidenteele conclusie;

O., dat het Hof bij het bestreden arrest, daarlatende, of (ook zonder toestemming der wederpartij) onder voormelde omstandigheden, nog eene door de wet niet uitdrukkelijk in iederen stand van het geding toegelaten incidenteele conclusie kon worden genomen, den eischer in zijne incidenteele conclusie heeft niet-ontvankelijk verklaard, op grond, dat die „in geen „geval met het oog op hare strekking, als incidenteele conclusie in dit geding in aanmerking kan ko- „men, omdat de strekking, dier conclusie (als krachtens art. 11 van het W. v. K. genomen) is, om req. „(thans eischer in cassatie) als pretens gerechtigde tot „de boeken, met den inhoud der geheele boekhouding „bekend te maken, terwijl de bij requirant tijdens het „proces opkomende behoefte om van den omvang zij- „ner rechten op de hoogte te komen, geen grond kan- „opleveren om den voortgang van het proces te strem- „men, maar dientengevolge dan ook eventueele toe- „wijzing der vordering geheel zonder invloed zou blij- „ven op den stand en den loop van het proces, en „er voor requirant dus geen belang bestaat in „dit geding zoodanig tusschengeschil op te werpen en „daartoe eene incidenteele conclusie te nemen";

Ten aanzien van het middel van cassatie, hetwelk het principaal appel en bepaaldelijk de daarin genomen incidenteele conclusie betreft, waarin de principaal appellant en eischer bij het bestreden arrest is niet-ontvankelijk verklaard;

O., dat het Hof niet in het algemeen ontkent eens crediteurs recht om ingeval van faillissement openlegging der boeken van den gefailleerde op grond van

art. 11 van het W. v. K. te vorderen, maar slechts zijn recht betwist om zulks *bij incidenteele conclusie* in dit proces te doen;

O., dat dan ook verweerders ten onrechte den eischer *in het algemeen* het recht hebben betwist die openlegging te vorderen, bewerende zij, dat alleen aan curators dit recht zoude toekomen;

O. immers, dat het met het in den aard der zaak gelegen en in art. 799 van het W. v. K. (nu vervangen door art. 92 der Faills. wet) aan curators uitdrukkelijk verleend recht om zich in het bezit der boeken van den gefailleerde te stellen, weinig strooken zou, dat art. 11 van hetzelfde wetboek hun het recht, en *slechts* het recht, zou geven openlegging dier boeken te vorderen;

O., dat dan ook laatstgemeld recht niet kan worden ontzegd aan dezen eischer, van wien vaststaat, dat hij is schuldeischer, maar die beweert grootere schuldvordering te hebben, dan door de verwerende curators wordt erkend;

O., dat, nu bij den eischer in den loop van dit proces, ten gevolge van de betwisting zijner schuldvordering door de verweerders, de behoefte is opgekomen om den omvang zijner rechten ten processe tot klaarheid te brengen door vordering, op grond van art. 11 van het W. v. K., van openlegging der boeken van den gefailleerde, het Hof den eischer ten onrechte de bevoegdheid heeft betwist, die vordering te doen bij incidenteele conclusie;

O. toch, dat, ofschoon elke incidenteele vordering den voortgang van het proces eenigermate stremt, dit den rechter geene bevoegdheid geeft den eischer in elke incidenteele conclusie tot bewijslevering niet-ontvankelijk te verklaren, en dit ook hier niet geoor-

loofd was, omdat de incidenteel gevorderde openlegging der boeken, tot klaarheid kunnende brengen den omvang van eischers rechten, op den stand en den loop van het proces van invloed kon zijn, zoodat de eischer belang kon hebben zijn op art. 11 van het W. v. K. gegrond recht in dit geding bij incidenteele conclusie te doen gelden;

O., dat dus op het voorgestelde middel moet worden gecasseerd en het geding naar het Hof moet worden verwezen, ter beslissing van hetgeen het Hof omtrent de incidenteele conclusie heeft daargelaten;

Vernietigt het bestreden arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 21 Juni 1900, met uitzondering van de daarbij gegeven beslissing op het incidenteel appel,

Verwijst het geding naar voormeld Gerechtshof, ten einde met inachtneming van s' Hoogen Raads arrest; de zaak verder te behandelen en te beslissen;

Veroordeelt de verweerders in de kosten van cassatie.

§ 83.

ECHTHEID OF ONECHTHEID VAN GESCHRIFTEN.— BEWIJSMIDDELEN. — ART. 177 B. R.

Voor het bewijs der echtheid van een door de wederpartij overgelegd geschrift zijn geene andere bewijsmiddelen toegelaten dan de in art. 177 B. R. genoemde, en voor het tegenbewijs geldt dezelfde beperking.

Conclusie van den Adv.-Gen. Gregory:

Het middel van cassatie heet:

„Sch. en verk. toepassing der artt. 177 en 178 Wetb. van Burg. Rechtsv., in verband met de artt. 237 en volgende van datzelfde Wetboek en art. 1967 van het Burg. Wetb., omdat het Hof ten onrechte

aanneemt, dat bij de artikelen 177 en 178 Wetb. van Burg. Rechtsv. slechts drie bepaalde bewijsmiddelen voor het gerechtelijk onderzoek naar de echtheid of onechtheid van een geschrift zouden zijn toegelaten, en, alle andere bewijsmiddelen dientengevolge zoude zijn uitgesloten, terwijl voor het tegenbewijs geen uitzondering op deze beperking van bewijsmiddelen wordt gemaakt, dit dus uit zijnen aard aan dezelfde beperking als het bewijs is onderworpen en alzoo de beslissende eed in casu ontoelaatbaar".

Tenzij alles mij bedriegt, houd ik dit middel, dat in strijd met twee nog zeer onlangs gewezen arresten van den Hoogen Raad, voor buitengewoon zwak. Het 1e arrest is dat van 2 Juni 1899 (NRspr. 182, §15) en gewezen in overeenstemming met de conclusie van den Heer Proc.-Gen. In dat arrest leest men: „dat uit dit alles blijkt 's wetgevers wil, om, met afwijking van het gewone bewijsrecht, de bewering van valschheid tegen een in het geding gebracht stuk te binden aan strenge bijzondere vormen, ten einde door de noodzakelijkheid der inachtneming daarvan, te waken tegen lichtvaardigheid met die bewering". Het 2e arrest door den Hoogen Raad conform mijne conclusie gewezen, is dat van 9 Februari 1900 (Ibid. 184 § 25), waarin men het volgende aantreft: „dat de opnoeming ten deze van bepaalde bewijsmiddelen — nog afgezien daarvan dat de bewoordingen, waarin zij is geschied, niet medebrengen, haar als eene voor uitbreiding vatbare opnoeming te beschouwen — elke beteekenis zou missen in eene opvatting, naar welke alle bewijsmiddelen zijn toegeaten; dat 's Hofs beslissing ook steun vindt in de geschiedenis, vermits art. 178 W. v. B. R. is overgenomen uit de artt. 229 en 232 van den C. de P.

C., zonder dat blijkt van de bedoeling om op dit punt wijziging te brengen in het stelsel dier artikelen, en die artikelen, blijkens de toelichting daarvan bij hunne vaststelling, geen ander bewijs toelieten, dan door de bepaaldelijk daarin genoemde middelen". Ik heb aan mijne conclusie in laatstgemelde zaak niets toe te voegen en zou mij geheel daarom kunnen refereeren, ware het niet dat de eischer het noodig had gevonden te betoogen dat, wat voor het *bewijs* moge gelden, dit daarom nog niet geldt voor het *tegenbewijs*. Dat dit beweren evenwel allen grond mist, blijkt vooreerst daaruit, dat de wetgever heeft willen waken tegen lichtvaardigheid en daarom bijzondere en strenge vormen heeft voorgeschreven, iets wat voorzeker geheel onnut zoude zijn, wanneer de tegenpartij van die voorschriften was vrijgesteld. En verder zou de wetgever, wanneer hij had bepaald wat de rechter wil, de rechtsgelijkheid van partijen voor den rechter geheel uit het oog hebben verloren.

Ik concludeer mitsdien tot verwerping van de voorziening en veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 12 April 1901:

De Hooge Raad der Nederlanden,

Partijen gehoord;

Gehoord den Advocaat-Generaal GREGORY namens den Procureur-Generaal, in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het den 27ste Juni 1900 tusschen partijen gewezen arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden als middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing der artt. 177 en 178 van het W. v. B. Rv. in verband met de artt.

237 en volgende van datzelfde Wetboek, en art. 1967 van het B. W., omdat het Hof ten onrechte aanneemt, dat bij de artt. 177 en 178 van het W. v. B. Rv. slechts drie bepaalde bewijsmiddelen voor het gerechtelijk onderzoek naar de echtheid of onechtheid van een geschrift zouden zijn toegelaten en alle andere bewijsmiddelen dientengevolge zouden zijn uitgesloten, terwijl voor het tegenbewijs geene uitzondering op deze beperking van bewijsmiddelen wordt gemaakt, dit dus uit zijnen aard aan dezelfde beperking als het bewijs is onderworpen en alzoo de beslissende eed in casu ontoelaatbaar;

O., dat, gelijk uit het bestreden arrest, uit het daarbij bevestigde vonnis door de Arrondissements-Rechtbank te Assen den 23en Mei 1899 tusschen partijen gewezen en uit de vonnissen dier Rechtbank, in deze zaak gewezen, naar welke het bevestigde vonnis verwijst, blijkt, dat de tegenwoordige verweerder tegen den tegenwoordigen eischer eene vordering heeft ingesteld, welke in hoofdzaak strekt tot betaling van eene geldsom, door dien eischer van de vrouw des verweerders ter leen ontvangen;

dat de verweerder tot staving dier vordering in het geding heeft gebracht eene onderhandsche schuldbekentenis en, nadat de eischer had ontkend die schuldbekentenis te hebben onderteekend en de daarop gestelde goedkeuring te hebben geschreven, overeenkomstig art. 177 van het W. v. B. Rv. is toegelaten, de echtheid der handteekening en der goedkeuring te bewijzen;

dat bij het bestreden arrest, in overeenstemming met het daarbij bevestigde vonnis, is aangenomen, dat de verweerder in dat bewijs is geslaagd en tevens is beslist, dat „de eerste rechter op goede gronden zoowel appellant (den tegenwoordigen eischer) niet-

ontvankelijk heeft verklaard in zijn verzoek tot verhoor op feiten en vraagpunten, als geene termen heeft gevonden om hem toe te laten tot de eedsopdracht, vermits toch beide zullen strekken tot tegenbewijs tegen de echtheid van het betwiste stuk door andere bewijsmiddelen dan art. 177 toelaat";

dat naar aanleiding van het cassatiemiddel, waarbij niet wordt opgekomen tegen 's Hofs beslissing, dat het verhoor op vraagpunten evenals de eedsopdracht zullen strekken tot tegenbewijs tegen de echtheid van het betwiste stuk, is te beantwoorden de vraag of daarbij andere bewijsmiddelen dan de in art. 177 genoemde zijn toegelaten, hetgeen ontkennend moet worden beantwoord;

dat toch uit de bewoordingen van dit artikel in verband beschouwd met de geheele regeling van het gerechtelijk onderzoek naar de echtheid of onechtheid van geschriften en met de geschiedenis der rechtsinstelling, welke het hier geldt, voortvloeit, dat de echtheid van een geschrift alleen door de in het art. genoemde bewijsmiddelen kan worden bewezen;

dat voor het tegenbewijs noodzakelijk hetzelfde rechtens is, ook omdat onaannemelijk is, dat bij zulk tegenbewijs andere bewijsmiddelen zouden kunnen worden aangewend, dan bij een bewijs der valschheid van het stuk overeenkomstig art. 178 van het W. v. B. Rv.;

dat mitsdien het middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.

§ 84.

OPENBAARHEID VAN EEN WEG. — BELEMMERING VAN HET VERKEER OP DEN OPENBAREN WEG (NIET). — BESTEMMING VAN EEN WEG.

Waar de beklaagde de openbaarheid van den weg, waarop hij volgens de dagvaarding het verkeer zoude hebben belemmerd, niet alleen niet heeft betwist, maar zelfs daarop zijne verdediging heeft gegrond, kon de rechter op grond van zijne uit eigen wetenschap verkregen bekendheid de openbaarheid van den weg aannemen, zonder daarbij gebonden te zijn aan de bewijsregels van het Wetb. van Strafv.

Art. 427 n°. 6 Strafr. strekt wel tot het tegengaan van stremming van het verkeer op den openbaren weg, maar beneemt niet de vrijheid om van den weg het gebruik te maken, dat zijne bestemming mededebrengt, ook al kan dat gebruik oogenblikkelijk het verkeer bemoeilijken.

Met die bestemming — het bevorderen van het algemeen personen en goederenverkeer — is niet in strijd, dat, bij het lossen en opbergen van aangevoerde goederen, deze voor den daartoe noodigen tijd een gedeelte van den openbaren weg innemen.

Conclusie van den Adv.-Gen. JHR. RETHAAN MACARÉ:

Twee middelen zijn tegen het beroepen vonnis aangevoerd:

Ie Schending en verkeerde toepassing van art. 216 jct°. 391, 392 Strafv. in verband met art. 427 Strafr.

IIe Verkeerde toepassing van art. 427, 6° W. v. Sr.

Het eerste middel is gericht tegen de derde overweging van het vonnis, waarin de rechter vooropstelt,

dat hem *uit eigen wetenschap* bekend is, dat de Koolstraat te Roermond is eene openbare weg.

Het komt mij voor, dat dit middel gegrond is; bij de dagvaarding is gesteld, dat de requirant het verkeer in eene openbare straat heeft belemmerd.

Een der elementen van het strafbare feit is dus, dat de belemmering heeft plaats gehad op een openbaren verkeersweg. Ontbreekt dat element dan kan geen veroordeeling uit krachte van art 427, 6° volgen.

Het bestaan van dit element behoort dus bewezen te worden door bij de wet erkende bewijsmiddelen. Als zoodanig komt in art. 392 Strafv. niet voor de eigen wetenschap van den rechter.

Ook het tweede middel acht ik gegrond.

Het feit, waaraan de beklaagde schuldig wordt verklaard, is dat hij gelijk te Roermond *gebruikelijk* is voor hem bestemde brandstoffen (steenkolen) voor zijne woning heeft doen neerstorten, waarna hij ze onmiddellijk heeft doen opruimen en in zijn kelder bergen.

Het is waar dat daardoor eene oogenblikkelijke belemmering van het verkeer is ontstaan; doch eene die door de noodzakelijkheid werd geboden.

Niet elke handeling die het openbaar verkeer belemmert is echter bij art. 427, 6° W. v. S. strafbaar gesteld. Ware dit het geval dan zou ieder die zich op de straat beweegt strafbaar zijn, want zoolang hij eene plaats inneemt, belet hij ieder ander om tegelijkertijd van diezelfde plaats gebruik te maken.

Het voor een deur laten stil staan van een rijtuig, van een wagen met waren, zou dan mede strafbaar zijn; in nauwe straten, men kan zich hier ter stede daarvan dagelijks overtuigen, ontstaat daardoor meest altijd eene belemmering.

Zoo uitgebreide strekking mag echter blijkens zijne geschiedenis niet aan art. 427, 6° worden toegekend.

De bedoeling is klaarblijkelijk alleen om strafbaar te stellen hij die van den openbaren weg een gebruik maakt, waartoe de weg niet bestemd is.

En de weg is bestemd niet enkel om zich daarop te bewegen; maar ook zonder twijfel om daar langs aan en af te voeren wat zij, die aan den weg wonen, noodig hebben of waarvan zij zich willen ontdoen of dat zij naar elders overgebracht willen zien.

Bij art. 471, 4° C. P., waarvoor ons art. 427, 6° is in de plaats getreden waren strafbaar gesteld „ceux qui auront embarrassé la voie publique, en y déposant ou y laissant *sans nécessité,* des matériaux ou des choses quelconques qui empêchent ou diminuent la liberté ou la sûreté du passage.

Onder de vigeur van dit art. werd door Uwen Raad beslist, dat bij die bepaling alleen is voorzien tegen het min of meer duurzaam en geheel zonder noodzaak belemmeren van den openbaren weg, niet tegen eene oogenblikkelijke en onwillekeurige stremming der passage, veroorzaakt door een gewoon gebruik van den openbaren weg.

Zie 's Hoogen Raads arresten van 29 Febr. 1848. W. 922 en van 3 Aug. 1852, v. d. HONERT 1852 II. 870, 16,

In gelijken zin is het artikel door de Fransche Jurisprudentie opgevat — zie DALLOZ in vocibus Voirie Commune en Contravention.

Bij het ontwerp Strafwetboek der Staatscommissie van 1875 werd bij artikel 513b voorgesteld dit art. te lezen:

hij die *buiten noodzaak* en zonder verlof van het bevoegd gezag den openbaren weg verspert of het verkeer daarop belemmerd.

Aanvankelijk in het regeeringsontwerp niet overgenomen vond het artikel in het gewijzigd regeeringsontwerp weder een plaats in artikel 424, 6o echter met deze wijziging, dat de woorden *„buiten noodzaak"* werden weggelaten.

Het blijkt niet welke hierbij de leidende gedachte is geweest.

Door Uwen Raad is echter reeds bij arrest van 21 Juni 1897, W. 6989 beslist, dat art. 427, 6°van ons tegenwoordig Strafwetboek in denzelfden zin is op te vatten als artikel 471, 4o C. P. en dat het geschreven is, om te waken tegen stremming van het verkeer op den openbaren weg, maar geenszins om de vrijheid te benemen, om van den weg het gebruik te maken, dat zijne bestemming medebrengt ook al kan dat gebruik het verkeer oogenblikkelijk bemoeielijken.

Mij aan dien uitleg houdende meen ik dat hier, waar van den weg geen ander gebruik is gemaakt dan om steenkolen te lossen op de te Roermond gebruikelijke wijze en het verkeer op straat niet langer dan strikt noodig belemmerd is, de strafbepaling van het artikel ten onrechte is toegepast; en heb ik alzoo de eer te concludeeren, dat het den Hoogen Raad moge behagen het vonnis te vernietigen en, indien de Hooge Raad zich vereenigt met het eerste middel, de zaak te verwijzen naar de Rechtbank te Roermond om op de bestaande dagvaarding opnieuw te worden berecht en afgedaan, en zoo de Hooge Raad dit middel verwerpt, dat de Raad dan recht doende uit kracht van art. 105 R.O. den beklaagde alsnog van alle rechtsvervolging zal ontslaan.

Arrest H. R. van 15 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van G. A. H. H., oud 31 jaren, voerman, geboren en wonende te Roermond, Wittenberg, requirant van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Roermond van den 6en Febr. 1901, waarbij hij is schuldig verklaard aan het zonder verlof van het bevoegd gezag het verkeer op eenigen openbaren landweg belemmeren te dier zake, met toepassing van de artt. 427 no. 6 en 23 van het W. v. Sr., veroordeeld tot eene geldboete van een gulden met vervangende hechtenis van een dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer CLANT VAN DER MIJLL;

Gelet op de middelen van cassatie door den requirant voorgesteld bij memorie:

I. Schending en verkeerde toepassing van art. 216 in verband met de artt. 391 en 392 van het W. v. Sv. en van art. 427 aanhef en no. 6 van het W. v. Sr.;

II Verkeerde toepassing van voormeld art. 427 no. 6 van het W. v. Sr.;

Gehoord den Adv.-Gen. JHR. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, dat enz.;

Overwegende, dat de requirant heeft terechtgestaan ter zake, dat hij den 19en Dec. 1900, ten circa 3½ uur des namiddags te Roermond, zonder verlof van het bevoegd gezag, namelijk van Burgemeester en Wethouders dezer gemeente, het verkeer in de openbare Koolstraat heeft belemmerd door uit eene kar steenkolen op dezen openbaren weg, van welken daardoor een deel werd ingenomen, uit te storten;

O., dat de Kantonrechter dit feit bewezen heeft verklaard door de bekentenis van beklaagde, de verklaringen der getuigen, en zijne eigen wetenschap, waaruit hem, volgens de derde overweging van het

vonnis, bekend was, „dat de Koolstraat te Roermond is een openbare weg;"

O., dat tegen deze bewijsvoering het eerste middel is gericht, tot toelichting waarvan bij de memorie wordt aangevoerd, dat de Kantonrechter de openbaarheid van den weg en alzoo een der bestanddeelen van het bij art. 427 n°. 6 van het W. v. Sr. strafbaar gestelde feit, bewezen heeft verklaard door een ander middel dan die, welke bij art. 392 van het W. v. Sv. uitsluitend als wettige bewijsmiddelen worden erkend;

O. hieromtrent, dat ter terechtzitting van den Kantonrechter de requirant de openbaarheid van den in de dagvaarding vermelden weg niet alleen niet heeft betwist, maar juist op die openbaarheid zijne verdediging heeft gegrond, door volgens het vonnis, daartoe aan te voeren, dat „de bestemming van den weg „medebrengt, dat steenkolen, wanneer er geene gele- „genheid bestaat om die elders neder te storten, tijdelijk op de openbare straat worden nedergestort";

dat onder deze omstandigheden de Kantonrechter op grond van zijne uit eigen wetenschap verkregen bekendheid kon aannemen, dat de bedoelde straat tot algemeen gebruik is bestemd en alzoo beslissen, dat zij is een openbare weg;

dat de rechter bij zoodanige uit eigen wetenschap gegeven beslissing niet gebonden is aan de regelen van bewijs, vervat in den XXIsten titel van het W. v. Sv. en evenmin verplicht is rekenschap te geven van hetgeen hem tot de beslissing heeft geleid;

dat derhalve het eerste middel niet is aannemelijk;

O. wat betreft het tweede middel:

dat daarbij wordt opgekomen tegen de beslissing dat het bewezen verklaarde feit valt onder het bereik

van de strafbepaling van het toegepast art. 427 n 6 van het W. v. Sr;

dat deze beslissing is gegrond op de overweging, „dat ontegenzeggelijk de openbare wegen bestemd „zijn om het verkeer te vergemakkelijken en dat dit „medebrengt dat belemmeringen van tijdelijken en „zeer voorbijgaanden aard niet verboden zijn, mits „die belemmeringen een gevolg zijn van die bestem„ming, maar dat deze niet bestemd zijn tot verza„melpaatsen van steenkolen, die veelal te Roermond „niet in zakken, maar per kar te huis worden bezorgd „en dan door den voerman op de straat worden „nedergestort, waarna deze in den kelder worden „gedaan; dat door dergelijke hoopen in eene nauwe „straat, zooals de Koolstraat, die slechts vier meters „breed is, zooals ons door eigen meting gebleken is, „belemmerd wordt;"

O., dat hiertegen bij de memorie in hoofdzaak wordt aangevoerd, dat de Kantonrechter, vooropstellende dat eene tijdelijke belemmering van den openbaren weg niet strafbaar is, indien die belemmering is een gevolg van de bestemming, waartoe de openbare straat wordt gebruikt, niet had kunnen komen tot veroordeeling, nu niet is bewezen dat de kolen langer op de straat zijn blijven liggen dan noodig was om ze in huis te brengen, maar integendeel, volgens de verklaring van alle getuigen, onmiddellijk en met den meesten spoed in huis werden opgeborgen; dat hierdoor van de openbare straat geen gebruik is gemaakt in strijd met hare bestemming om het verkeer te vergemakkelijken; het woord „verkeer" niet in den engen zin van het berijden met voertuigen uit te leggen, maar in den algemeenen gebruikelijken zin van „handel" (het verkeer);

O. dienaangaande, dat alleen is telastgelegd en bewezen verklaard, dat de requirant op den openbaren weg uit een kar steenkolen heeft nedergestort, niet dat hij die kolen langer op den weg heeft laten liggen dan voor het opbergen in den daartoe aangewezen kelder noodig was;

dat de requirant derhalve niet kan gezegd worden op den openbaren weg eene „verzamelplaats van steenkolen" te hebben gehad en daardoor van den weg een ander gebruik te hebben gemaakt, dan waarvoor de weg bestemd is;

O., dat het bewezen verklaarde feit niet oplevert de overtreding strafbaar gesteld bij art. 427 n°. 6 van het W. v. Sr.;

dat toch dit artikel wel strekt tot het tegengaan van stremming van verkeer op den openbaren weg, maar niet de vrijheid beneemt om van den weg het gebruik te maken, dat zijne bestemming medebrengt, ook al kan dat gebruik oogenblikkelijk het verkeer bemoeilijken, terwijl met die bestemming — (het bevorderen van het algemeen personen - en goederenverkeer) niet in strijd is, dat bij het lossen en opbergen van aangevoerde goederen, deze, voor den daartoe noodigen tijd een gedeelte van den openbaren weg innemen;

O., dat het tweede middel mitsdien is gegrond en dat het bewezen verklaarde feit ook niet bij eene andere wettelijke bepaling strafbaar is gesteld;

Vernietigt het vonnis, door den Kantonrechter te Roermond den 6en Febr. 1901 in deze zaak gewezen;

Recht doende krachtens art. 105 der Wet op de R. O.;

Verklaart het bewezen feit niet strafbaar;

Ontslaat den req. te dier zake van alle rechtsvervolging.

§ 85.

VERDUISTERING.

Hij die, goed van den eigenaar hebbende ontvangen ter bewerking, dit, alsof het zijn eigendom was, met zijn eigen goed vervoert naar de woning van een ander, volgens voorafgaande afspraak en nadat de koopprijs reeds tusschen hen was vastgesteld, maakt zich schuldig aan verduistering.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

In factis is beslist, dat de beklaagde, thans requirant van cassatie in den avond van 28 Sept. 1900 te Utrecht, terwijl hij aldaar in zijn beroep van schoenmaker tegen genot van loon belast was met het voor de Maatschappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen maken van asringen van aan die Maatschappij toebehoorende stukken leder, die hem daartoe van wege die Maatschappij door den in haren dienst zijnde zadelmaker M. L. W. of diens knecht G. B., waren verstrekt, opzettelijk acht stukken leder: namelijk vier stukken afval en vier stukken beter leder, toebehoorende aan die Maatschappij en die hij op voorschreven wijze in dat beroep ten gebruike bij het maken van asringen en mitsdien anders dan door misdrijf onder zich had, zich heeft toegeëigend, door daarover ten eigenbate als waren die zijn eigendom te beschikken, die naar de woning van den schoenmaker E. A. v. B. aan den Heerenweg te Utrecht te vervoeren en ze aldaar aan dezen te koop aan te bieden.

Bij de voorziening wordt nu betwist, dat deze feiten het misdrijf van verduistering opleveren gepleegd door hem, die het goed uit hoofde van zijn beroep onder zich heeft, gelijk dit misdrijf is voorzien en

strafbaar gesteld bij de artikelen 321 en 322 Wetb. van Strafrecht.

De Rechtbank te Utrecht qualificeerde ze aldus en het Gerechtshof te Amsterdam recht doende in hooger beroep vereenigde zich met die qualificatie, daarbij met betrekking tot de namens beklaagde gevoerde verdediging, „dat waar bij het vonnis a quo wordt „aangenomen, dat de stukken leder aan den getuige „v. B. slechts te koop zijn aangeboden en waar ten „processe vaststaat, dat die verkoop geen voortgang „heeft gehad, van toeëigening geen sprake kan zijn," —uitdrukkelijk overwegende, dat, geheel afgescheiden van de vraag of in casu kan gezegd worden, dat de koop van een of meerdere stukken leder op het oogenblik van het optreden van den getuige P. reeds was tot stand gekomen, in dit geval duidelijk is gebleken niet slechts van het *voornemen* van den beklaagde, om zich de goederen, die zich reeds in zijne macht bevonden, toe te eigenen, maar ook van de *uitvoering* door hem aan dat voornemen gegeven;

dat hij toch, zooals vaststaat deels uit zijne bekentenis, deels uit de verklaringen van de getuigen v. B. en P., handelende alsof dat leder hem in eigendom toebehoorde met een aantal stukken, gedeeltelijk afkomstig uit zijn eigen voorraad, gedeeltelijk afkomstig van de Maatschappij, die hem werk verschafte, alle gezamelijk in een grijze doek gewikkeld, zich heeft begeven naar de woning van getuige v. B., alles ingevolge daaromtrent tusschen hen, beklaagde en v. B. gemaakte afspraak en nadat reeds vooraf een stuk leder aan dien getuige was ter hand gesteld en de koopprijs tusschen hen beiden, zoowel voor het ter hand gestelde als voor de in den grijzen doek gewikkelde stukken, reeds was vastgesteld, zoodat hij toen blijkbaar geen

onderscheid maakte tusschen het gedeelte van het leder, dat hem wettelijk in eigendom toebehoorde en dat gedeelte, dat hem van de Maatschappij totExploitatie van Staatsspoorwegen ter bewerking was toevertrouwd.

Tegen deze beslissing is als éénig middel van cassatie bij pleidooi voorgesteld: „verkeerde toepassing „of schending van artikel 321 Wetboek van Strafrecht, „daar zoo de uitvoering van het voornemen om te „verkoopen de aan een ander toebehoorende goederen „verhinderd is door in beslagneming voor de koop „gesloten is of de levering heeft plaats gehad en de „goederen nog in het bezit zijn van beklaagde, er „van toeëigening geen sprake kan zijn".

De voorziening stelt Uwen Raad dus voor de vraag wanneer is het misdrijf van verduistering voltooid?

De vraag is reeds meermaal door Uwen Raad beantwoord en wel speciaal bij de arresten van 28 April 1890, W. 5871 (¹) en 16 April 1895, W. 6652.

Bij het eerst aangehaalde arrest gold het een handwagen, dien de beklaagde had aangenomen te verkoopen aan een derde, hoewel hem die wagen slechts ten gebruike was afgestaan de uitvoering van welk voornemen echter verhinderd was, doordat de politie den wagen in beslag had genomen nog *vóórdat* de beklaagde iets verricht had of begonnen was iets te verrichten ter uitvoering van zijn voornemen en terwijl de wagen nog op geheel gelijke wijze als vroeger in het bezit was gebleven van den beklaagde. Uw Raad was toen van oordeel dat toeëigening d. i. in den zin van art. 321 Wetb. van Strafr. het als heer en meester beschikken over goed, dat aan een

(¹) In noot 5 Noyon III bl. 121 is dat bij vergissing verwezen naar W. 5781.

Het in noot 6 bedoelde arrest is dat van 19 Juni 1893, W. 6364 *niet* dat van 15 Juni 1895.

ander toebehoort, eerst plaats heeft, wanneer de houder hetzij dat goed eigenmachtig aan een derde overdraagt, hetzij zonder zoodanige overdracht, het goed opzettelijk gebruikt of doetgebruiken, of daarmede handelt op eene wijze *die in strijd is met den aard van het recht, krachtens hetwelk hij het goed onder zich heeft.*

Het tweede arrest gold een geval waarin een loopknecht, aan wien bij vergissing een banknoot van 20 pond sterling te veel was uitbetaald, dit biljet niet met de overige hem voor zijn meester ter hand gestelde, biljetten aan zijn lastgever had ter hand gesteld, doch dit opzettelijk had achtergehouden, blijkende zijne bedoeling tot toeëigening zoowel uit het loochenen van den ontvangst, als uit zijne weigering om het te veel ontvangene terug te geven.

Uw Raad besliste toen, dat beklaagde door aldus te handelen eigenmachtig als heer en meester over de hem te veel uitbetaalde banknoot had beschikt en zich als eigenaar daarvan had gedragen, zoodat hij zich in den zin van art. 321 Sr. het bankbiljet wederrechtelijk had toegeëigend.

Toets ik nu aan deze uwe jurisprudentie het onderhavige geval, dan acht ik het met Rechtbank en Hof niet twijfelachtig of hier is, al is de levering ten gevolge van de tusschenkomst der politie niet tot stand gekomen, toch het misdrijf van verduistering voltooid, omdat de wil tot wederrechtelijke toeëigening ondubbelzinnig is gebleken uit eene handeling van den beklaagde *die in strijd is met den aard van het recht, krachtens hetwelk hij het goed onder zich had.*

Hij had het leder slechts in zijne macht om het te bewerken en hij was dus niet gerechtigd het *ten verkoop naar de woning van den getuige v. B. te vervoeren.*

Die daad van *vervoer ten verkoop* is eene positieve daad van beschikking als eigenaar en dus toeëigening.

Voor die opvatting mag ik mij ook beroepen op uwe arresten van 8 Febr. 1892, W. 6155 en 19 Dec. 1898, W. 7222.

Ook Mr. NOYON schijnt mij deze meening toegedaan, waar hij op bl. 122 van het III deel van zijn Commentaar in de eerste aanteekening op art. 321 schrijft: „Eerst wanneer werkelijk een daad verricht wordt, „waardoor de rechtstoestand van het goed verandert, „waardoor de dader dit als eigenaar behandelt, kan „van toeëigening sprake zijn".

Hier is inderdaad eene daad verricht, waarbij de dader het goed als eigenaar behandelde, door het met de bedoeling tot verkoop te vervoeren naar een plaats waarheen de rechtmatige eigenaresse het zeker niet vervoerd wilde hebben.

Dat daarin eene daad is te zien, waardoor het misdrijf van verduistering voltooid kan worden, werd onder meer beslist bij uw arrest van 15 April 1889, W. 5707 ten opzichte van een conducteur, die de plaatsbewijzen, die hij aan de Spoorweg-Maatschappij moest verantwoorden, opzettelijk met het oogmerk om ze ten eigen bate aan te wenden aan die bestemming had onttrokken en in eene herberg gebracht ten einde ze te verkoopen. Uw Raad zag in die handeling eene beschikking als eigenaar, waardoor het misdrijf van verduistering *voltooid* was *reeds vóórdat* de conducteur die plaatsbewijzen aan een derde verkocht cf. H. R. 19 Juni 1893, W. 6364.

Mitsdien heb ik de eer te concludeeren tot niet ontvankelijkverklaring van den req., voor zoover betreft de bevestiging van dat gedeelte van het vonnis

waarbij hij is vrijgesproken en overigens tot verwerping der voorziening.

Arrest H. R. van 15 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van J. H. L., oud 27 jaar, schoenmaker, geboren en wonende te Utrecht, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 22 Jan. 1901, waarbij werd bevestigd het vonnis van de Arr. Rechtbank te Utrecht van 12 Nov. 1900, bij hetwelk de requirant werd schuldig verklaard aan verduistering gepleegd door hem die het goed uit hoofde van zijn beroep onder zich heeft, en, met toepassing van de artt. 321, 322, 10 W. v. Sr., 214, 219, 216 W. v. Sv., werd veroordeeld tot gevangenisstraf van drie maanden, — met deeltelijke vrijspraak en met last tot teruggave der overtuigingstukken;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. Laman Trip;

Gelet op het middel van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

Verkeerde toepassing of schending van art. 321 W. v. Sr., daar, zoo de uitvoering van het voornemen om te verkoopen de aan een ander toebehoorende goederen verhinderd is door in beslagneming vóór de koop gesloten is of de levering heeft plaats gehad en de goederen nog in het bezit zijn van beklaagde en van toeëigening geen sprake kan zijn;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. Rethaan Macaré, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende tot enz.;

Overwegende, dat het beroep onbeperkt is ingesteld, doch niet ontvankelijk is, voor zoover het is gericht

tegen de in het bevestigd vonnis vervatte vrijspraak;

O. voor zoover het beroep ontvankelijk is:

dat ten laste van den requirant bij het bevestigde vonnis als bewezen is aangenomen, „dat hij in den avond van 28 Sept. 1900 te Utrecht, terwijl hij aldaar in zijn beroep van schoenmaker tegen genot van loon belast met het voor de Maatschappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen maken van asringen van aan die Maatschappij toebehoorende stukken leder, die hem daartoe van wege die Maatschappij door den in haren dienst zijnden zadelmaker M. L. W. of diens knecht G. B. waren verstrekt, opzettelijk acht stukken leder, n.l. vier stukken afval en vier stukken beter leder toebehoorende aan die Maatschappij en die hij op voorschreven wijze in dat beroep ten gebruike bij het maken van asringen, en mitsdien anders dan door misdrijf onder zich had, zich heeft toegeëigend door daarover ten eigen bate als waren die zijn eigendom te beschikken, die naar de woning van den schoenmaker E. A. v. B. aan den Heerenweg te Utrecht te vervoeren en ze aldaar aan dezen te koop aan te bieden";— en die feiten zijn gequalificeerd en de requirant is veroordeeld gelijk in het hoofd van dit arrest is vermeldt;

O., dat de toepasselijkheid van art. 321 W. v. Sr. op de bewezen feiten in het middel van cassatie wordt bestreden, omdat requirant zich het leder, dat hij te koop aanbood nog niet had toegeëigend, daar de koop nog niet was gesloten en de levering nog niet had plaats gehad, en tot toelichting daarvan is aangevoerd, dat het te koop aanbieden van het goed en het onderhandelen over den koop niet was eene daad van toeëigening, maar slechts de voorbereiding daartoe, zoodat er nog niet was toeëigening;

O. daaromtrent, dat in het bevestigde vonnis is beslist

dat requirant „de goederen toebehoorende aan de Maat-„schappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen, in „stede van te gebruiken voor het doel waarvoor ze „hem waren verstrekt, naar elders heeft vervoerd „en aan een derde te koop aangeboden"; — en in het bestreden arrest nog wordt overwogen, dat beklaagde (nu requirant) „zooals vaststaat deels uit zijne „bekentenis, deels uit zijne verklaringen van de ge-„tuigen v. B. en P., handelende alsof dat leder hem „in eigendom toebehoorde, met een aantal stukken, „gedeeltelijk afkomstig uit zijn eigen voorraad, gedeel-„telijk afkomstig van de Maatschappij, die hem werk „verschafte, alle gezamelijk in een grijzen doek ge-„wikkeld, zich heeft begeven naar de woning van „getuige v. B., alles ingevolge daaromtrent tusschen „hem beklaagde en v. B. gemaakte afspraak en nadat „reeds vooraf een stuk leder aan dien getuige was „ter hand gesteld en de koopprijs tusschen hen bei-„den zoowel voor het ter hand gestelde stuk als voor „de in den grijzen doek gewikkelde stukken reeds „was vastgesteld, zoodat hij toen blijkbaar geen onder-„scheid maakte tusschen dat gedeelte van het leder, „dat hem wettelijk in eigendom toebehoorde en dat „gedeelte, dat hem van de Maatschappij tot Exploita-„tie van Staatsspoorwegen ter bewerking was toever-„trouwd";

O., dat daardoor vaststaat, dat requirant het leder, hetwelk hem voor een bepaald doel was toevertrouwd, aan die bestemming heeft onttrokken, en het, alsof het zijn eigendom was, met zijn eigen goed ten verkoop heeft vervoerd naar de woning van den getuige v. B. volgens voorafgaande afspraak en nadat de koopprijs reeds tusschen hen was vastgesteld;

dat die feiten in zich sluiten, dat requirant zich

als eigenaar dier goederen gedroeg en daarover als eigenaar beschikte, en aldus zich die heeft toegeëigend in den zin van art. 321 W. v. Strafrecht;

dat mitsdien het middel van cassatie niet gegrond is;

Gezien art. 347 W. v Strafvord.;

Verklaart den requirant niet-ontvankelijk in zijn beroep, voor zoover dit is gericht tegen de in het bevestigd vonnis vervatte vrijspraak;

Verwerpt overigens het beroep.

§ 86.

VEEZIEKTE (BESMETTELIJKE).

Voor de strafbaarheid der overtredingen van de artt. 12 en 13 der wet van 20 Juli 1870 (Stbl. no. 131) wordt niet vereischt, dat de overtreder de verschijnselen der besmettelijke veeziekte werkelijk heeft opgemerkt en waargenomen, indien hij deze slechts, evenals anderen die dit verklaarden, heeft kunnen waarnemen.

Concl. van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Requirant is met vernietiging van eene door het Kantongerecht te Heerenveen gegeven vrijspraak bij vonnis der Rechtb. te Heerenveen van 31 Jan. jl. schuldig verklaard aan twee overtredingen der wet van 31 Juni 1870. St. 131, en wel: 1° aan het, als houder van vee waarbij zich verschijnselen van eene besmettelijke ziekte openbaren, daarvan niet onmiddellijk kennis geven aan den Burgemeester der gemeente waar het vee zich bevindt en 2° aan het vervoeren van vee door eene besmettelijke ziekte aangetast. Ter zake van een en ander werd hij bij hetzelfde vonnis veroordeeld

tot betaling van twee geldboeten ieder van *f* 25, of sub. tet tweemaal tien dagen hechtenis.

Tegen dit vonnis heefthij zich binnen den bij de wet gestelden termijn in cassatie voorzien, terwijl hij de gronden waarop die voorziening steunt, nader bij een te bekwamer tijd ingediende memorie heeft uit eengezet; hoewel daarbij geen bepaald middel wordt geformuleerd, is het duidelijk dat hij schending door verkeerde toepassing van de artt. 13, 21, 34, 35, 39 en 42 der wet van 20 Juli 1870, St. 131, als middel van cassatie als zoodanig wenscht voor te stellen en wel op grond, dat hij is veroordeeld, hoewel niet gebleken, veelmin bewezen is, dat hij de wetenschap had, dat zijn schaap lijdende was aan rotkreupel, zijnde eene bij het vee besmettelijke ziekte.

Hij vraagt mitsdien dat de H. R. het tegen hem gewezen vonnis zal vernietigen en hem alsnog zal vrijspreken of althans ontslaan van alle rechtsvervolging.

Dienaangaande heb ik alleen op te merken, dat reeds kort na het in werking treden der wet van 31 Juli 1870, aan uw oordeel de vraag is onderworpen, of voor de toepassing der bepalingen van de artt. 13 en 21 dier wet noodig is het bewijs, dat de beklaagde bekend was met het zich openbaren der verschijnselen eener besmettelijke ziekte bij het door hem gehouden vee en dat die vraag bij een sedert door uw college gehandhaafde jurisprudentie ontkennend beslist is. Ik meen te kunnen volstaan met daaromtrent te verwijzen naar uw arrest van 1 Aug. 1871, W. 3362 en naar de daaraan voorafgaande conclusie van mijn ambtsvoorganger Mr. Römer, zoomede naar uw arrest van 3 Jan. 1898, W. 7067.

Volgens die arresten is het voor de toepassing der betrokken artt. voldoende dat, gelijk in casu bewezen

is, dat zich bij het vee verschijnselen eener besmettelijke ziekte hebben geopenbaard, zoodat de houder die bij eenige oplettendheid had kunnen en had behooren waar te nemen.

Mitsdien heb ik de eer te concludeeren tot verwerping der ingestelde voorziening.

Arrest H. R. van 15 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep A. J. d. V., oud 37 jaar, arbeider, geboren te Sint Johannesga, wonende te Rottum in Schoterland, requirant van cassatie tegen een vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Heerenveen van den 31en Januari 1901, waarbij op het hooger beroep van het Openbaar Ministerie is vernietigd het vonnis van den Kantonrechter te Heerenveen op 7 December 1900 in deze zaak gewezen en de beklaagde (requirant), met toepassing der artt. 13, 21, 34, 35, 39 en 42 der wet van 20 Juli 1870 (Stbl. no. 131), 10 sub 26 en 11 der wet van 15 April 1886 (Stbl. no. 64), art. 1 sub 7o van het K. B. van 10 Juni 1896 no. 104, art. 23 van het W. v. Sr. en de artt. 214, 247 en 256 van het W. v. Sv., is schuldig verklaard aan de overtredingen van: 1o het als houder van vee, waarbij zich verschijnselen van eene besmettelijke ziekte openbaren daarvan niet onmiddellijk kennis geven aan den Burgemeester der gemeente, waar het vee zich bevindt; 2o vervoeren van vee door eene besmettelijke ziekte aangetast, en te dier zake veroordeeld tot betaling van twee geldboeten van vijf en twintig gulden en vervangende hechtenis van tien dagen voor elke boete;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Hanlo;

Gelet op eene door den requirant aan den Hoogen Raad ingediende schriftuur, het opschrift dragende: „memorie van cassatie", waarin hij in hoofdzaak als

„middel" aanvoert: dat in het bestreden vonnis „onmogelijk kan zijn overwogen dat bewezen is, noch „wettig noch overtuigend, dat hij de wetenschap had, „dat het schaap tijdens zijn bezit lijdende was aan „rotkreupel" en „dat de gesustineerde ziekte van het „schaap in de feiten opgenomen niet heeft bestaan, „daar het door den veearts ter terechtzitting der „Rechtbank, waar het schaap in natura aanwezig was, „voor gezond is verklaard";

Gehoord den Adv.-Gen. JHR. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

O., dat bij het bestreden vonnis wettig en overtuigend bewezen zijn verklaard, met des beklaagden (requirants) schuld daaraan, de feiten hem bij de dagvaarding ten laste gelegd, hierin bestaande, dat hij 1° in het jaar 1900 vóór 1 Oct. van dat jaar verzuimd heeft onmiddellijk aan den Burgemeester van Schoterland kennis te geven, dat zich bij een zijner schapen, terwijl hij daarvan toen en aldaar houder was, verschijnselen van rotkreupe openbaarden en 2° in Sept. 1900 buiten noodzaak een aan rotkreupel lijdend schaap vervoerd heeft van Rottum naar St. Johannesga, welke feiten zijn gequalificeerd zooals in het hoofd van het tegenwoordig arrest is gezegd;

O. wat betreft het voorgestelde middel, dat ten aanzien der wetenschap van den beklaagde, dat het schaap, tijdens hij het hield, lijdende aan rotkreupel was, in het bestreden vonnis geen uitdrukkelijke vermelding en beslissing voorkomt;

dat daarin echter als bewezen is aangenomen, dat het bedoelde schaap, blijkens de uiterlijk merkbare in het vonnis omschreven verschijnselen, lijdende was, en dat wel sinds geruimen tijd aan rotkreupel en dat die verschijnselen der ziekte duidelijk voor waarneming vat-

baar zijn; dat die uitspraak der Rechtbank berust op het door haar overgenomen oordeel van een deskundige en op de verklaringen van verschillende getuigen; dat zij de verschijnselen in het vonnis genoemd bij het schaap hebben gezien;

O., dat in die beslissing ligt opgesloten, dat ook de beklaagde, die niet beweerd heeft daartoe buiten staat te zijn geweest, zelf de verschijnselen had *kunnen* waarnemen, die door anderen, waaronder arbeiders als hij zelf waargenomen zijn;

O., dat waar dit het geval is, voor de strafbaarheid van de overtredingen van de artt. 13 en 21 der wet van 20 Juli 1870 (Stbl. no. 131), het bewijs niet wordt vereischt, dat de overtreder de verschijnselen ook werkelijk heeft opgemerkt en waargenomen; zoodat de rechter onder die omstandigheden niet had te treden in een verder onderzoek en beslissing omtrent de vraag of de beklaagde werkelijk zelf *wist* dat zijn schaap aan rotkreupel leed?

O. wat betreft de bewering van den requirant: dat bij het schaap geen rotkreupel heeft bestaan; dat deze in strijd is met de feitelijke beslissing dienaangaande bij het vonnis gegeven, op welke in cassatie niet kan worden terugekomen;

O., dat mitsdien hetgeen door den requirant tegen het vonnis is aangevoerd niet tot cassatie kan leiden;

Verwerpt het beroep;

§ 87.

COMPENSATIE VAN SCHULDEN.

Compensatie brengt, wel is waar, vernietiging der beide schulden ten beloope van haar wederkeerig

bedrag te weeg, maar slechts indien zij wederzijds voor eene dadelijke vereffening en opeisching vatbaar zijn, een vereischte, waaraan in dit geding des verweerders beweerde schuld niet voldeed, zoodat zij geene vernietiging eener daartegenover staande schuld kon teweegbrengen.

Conclusie van den Adv.-Gen. GREGORY:

De feiten van dit geding zijn, blijkens hetgeen daaromtrent in het bestreden vonnis der Dordsche Rechtbank voorkomt, zeer eenvoudig.

De verweerder in cassatie, oorspronkelijk eischer, had den eischer in cassatie, toen gedaagde, voor het Kantongerecht te Ridderkerk aangesproken tot betaling eener som van *f* 130.47 wegens verkochte en geleverde goederen. De tegenwoordige eischer, hoezeer ter terechtzitting van het Kantongerecht te Ridderkerk hebbende erkend het in de dagvaarding gevorderde bedrag aan den verweerder schuldig te zijn, beweerde tegen den verweerder eene tegenvordering te hebben, waarop door dezen laatste werd verklaard, dat hij wilde erkennen, dat de eischer van hem had te vorderen een bedrag van *f* 78.15 wegens en ter zake door hem in 1898 en 1899 voor en op bestelling van hem, verweerder verrichte kleedermakerswerkzaamheden, met bijlevering van materialen, en hij wel mocht lijden, dat zijne vordering tot dat bedrag werd beschouwd als te zijn *gecompenseerd*, onder de *mits* dat door den eischer dan ook werd erkend dat hij niets „meer" of „anders" van hem te vorderen had. Verder wordt door de Rechtbank *feitelijk* beslist: „dat ten processe vaststaat dat aan voormelde „mits" niet is voldaan, hebbende toch gedaagde die erkentenis niet afgelegd en steeds (zelfs ook in appel) volgehouden dat zijne vordering

f 136,40 bedraagt". En dan gaat de Rechtbank aldus voort: „O., dat de vordering van den eischer in prima volledig is bewezen door de vooromschreven erkentenis van gedaagde, ter terechtzitting afgelegd, en voor toewijzing vatbaar is". En eindelijk dat, waar de tegen vordering ad *f* 136,40 gemotiveerd en omstandig is bestreden en ten bewijze dier pretense vordering nog zelfs nu in appel getuigenbewijs wordt aangeboden en zoude noodig zijn, die vordering, in den zin der wet, *niet liquide* is te achten en compensatie alsmede het aangeboden getuigenbewijs in casu is buiten gesloten". Het vonnis in eersten aanleg, waarbij de liquiditeit der tegenvordering ad *f* 78,15 was aangenomen, werd dientengevolge vernietigd, en den oorspronkelijken eischer zijne vordering toegewezen. In verband nu met het zooeven aangehaalde uit het bestreden vonnis is bij het cassatiemiddel aangevoerd: „Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1961 en 1962 van het B. W., in verband met art. 1902 van dat Wetb., omdat de Arr. Rechtb. te Dordrecht bij vonnis van 23 Mei 1900, met vernietiging van een vonnis van den Kantonrechter te Ridderkerk, dd. 16 Dec. 1899, en opnieuw recht doende, de onsplitsbare erkentenis van eischer in cassatie (eerder appellant, eerder gedaagde) „dat geïntimeerde (nu verweerder) de aan hoofde der introductieve dagvaarding gespecificeerd opgegeven goederen had *verkocht* en *geleverd* tot een bedrag van *f* 130, 47, doch appellant nu eischer wegens werkloonen en bijgeleverde verschotten daarentegen van geïntimeerde had te vorderen *f* 136.40, volgens overgelegde specificatie, zoodat, ingevolge de artt. 1461 en 1462 van het B. W., de vordering van rechtswege was teniet gegaan", ten nadeele des eischers (appellants) heeft gesplitst en daarvan slechts

het eerste gedeelte heeft aangenomen als volledig bewijs van verweerders (geïntimeerde's) vordering, zonder eenig acht te slaan op de aan de *erkenning* der *leverantie* onsplitsbaar toegevoegde, bevrijdende daadzaak van schuldvergelijking, welker valschheid door den verweerder in cassatie (eerder geïntimeerde, eerder eischer in eersten aanleg) noch is beweerd, noch is bewezen, door welk acht slaan geïntimeerde's vordering van alle bewijs zou zijn ontbloot en als onbewezen had behooren te zijn ontzegd."

Beweerd wordt alzoo, dat de Rechtbank zich aan ongeoorloofde splitsing eener bekentenis heeft schuldig gemaakt. Ten onrechte evenwel, naar ik meen, omdat ten deze de beweerde ongeoorloofde splitsing haren grond heeft in het niet in rekening brengen van eene *erkende*, *vaststaande* met eene, naar de feitelijke beslissing der Rechtbank, *illiquide* vordering, eene vergelijking, die natuurlijk nooit eene geheele of gedeeltelijke vernietiging van de vaststaande vordering zou kunnen teweegbrengen, zoodat de gewilde toevoeging hier in geen geval tot bevrijding van den schuldenaar zou kunnen strekken. Men zie 's Raads arrest van 5 Mei 1899 (N. Rspr. 182 § 2).

De vraag, bij de debatten aangevoerd, of ten deze niet van het middel van *requeste civiel* had behooren te zijn gebruik gemaakt, ingevolge art. 382 sub 3o. W. v. B. R., kan hier geheel onbesproken worden gelaten, omdat de eischer, blijkens zijn cassatiemiddel, door de omstandigheid, dat in casu meer is toegewezen dan geëischt was geworden, zich niet bezwaard gevoelt.

Ook is nog gesproken over de *referte* aan de zijde des verweerders, en over de vraag, of de *vorm*, waarin die is geschied, dezen voor veroordeeling in de kosten

kon behoeden. Maar wanneer juist is wat ik heb getracht aan te toonen, dat het middel is ongegrond, dan is het geheel overschillig *of* en *hoe* de verweerder zich heeft gerefereerd daar alsdan niet *hij*, maar *de eischer in cassatie* is de in het ongelijk gestelde partij, welke laatste dus in de kosten behoort te worden veroordeeld.

Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 19 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. Gregory, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat tegen het den 23 Mei 1900 tusschen partijen gewezen vonnis van de Arr. Rechtbank te Dordrecht als middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1961 en 1962 B. W., in verband met art. 1902 van dat Wetboek, doordat de Arr. Rechtbank te Dordrecht bij dat vonnis, met vernietiging van een vonnis van den Kantonrechter te Ridderkerk van 16 Dec. 1899 en opnieuw recht doende, de onsplitsbare bekentenis van eischer in cassatie (eerder appellant): „dat geïntimeerde (nu verweerder) de aan hoofde der introductieve dagvaarding gespecificeerd opgegeven goederen had *verkocht* en *geleverd* tot een bebrag van *f*130.47, doch appellant daarentegen wegens werkloonen en bijgeleverde verschotten van geïntimeerde had te vorderen *f*136.40 volgens overgelegde specificatie, zoodat ingevolge de artt. 1461 en 1462 B. W. de vordering van

geïntimeerde van rechtswege was tenietgegaan" ten nadeele des eischers (appellants) heeft gesplitst, en daarvan slechts het eerste gedeelte als volledig bewijs heeft aangenomen van verweerders (geïntimeerdes) vordering, zonder eenig acht te staan op de aan de *erkenning* der *leverantie* onsplitsbaar toegevoegde bevrijdende daadzaak van schuldvergelijking, welker valschheid door den verweerder (eerder geïntimeerde, eerder eischer) nòch is beweerd nòch is bewezen, door welk achtslaan geïntimeerdes vordering van alle bewijs zou zijn ontbloot en als onbewezen had behooren te zijn ontzegd;

O., dat, blijkens het bestreden vonnis en het vonnis den 16 Dec. 1899 door den Kantonrechter te Ridderkerk tusschen partijen gewezen, welks overwegingen wat de daadzaken betreft in het bestreden vonnis zijn overgenomen, de tegenwoordige eischer in cassatie, van wien door den tegenwoordigen verweerder in cassatie was gevorderd betaling van *f* 130.47 wegens verkochte en geleverde, aan het hoofd der oorspronkelijke dagvaarding omschreven goederen, de schuldplichtigheid heeft ontkend, nader opgevende, dat de verweerder hem inderdaad de aan het hoofd der dagvaarding gespecificeerde goederen. *f* 130.47 te zamen, heeft verkocht en geleverd, dat eicher daarentegen wegens werkloonen en bijgeleverde verschotten van verweerder te vorderen heeft *f* 136.40 volgens daarvan aan hem gegeven specifieke rekening, zoodat ingevolge de artt. 1461 en 1462 B. W. de vordering des verweerders van rechtswege is tenietgegaan;

dat de Rechtbank de vordering volledig bewezen heeft verklaard door de erkentenis van den eischer, het in de dagvaarding gevorderde bedrag aan verweerder schuldig te zijn, en voorts heeft overwogen, „dat waar de tegenvordering ad *f* 136.40 gemotiveerd

en omstandig is bestreden en ten bewijze dier pretense vordering nog zelfs nu in appel getuigenbewijs wordt aangeboden en zoude noodig zijn, die vordering in den zin der wet niet liquide is te achten en compensatie alsmede het aangeboden bewijs in casu is buiten gesloten;"

O., dat de eischer bij zijn antwoord de bewering, dat zijne op zichzelf erkende schuld zou zijn tenietgegaan, deed steunen op compensatie met eene schuld van verweerder, die, naar de beslissing der Rechtbank, door dezen werd betwist en onbewezen bleef;

dat, wel is waar, volgens de artt. 1461, 1462 en 1463 B. W. compensatie teweegbrengt vernietiging der beide schulden ten beloope van haar wederkeerig bedrag, maar slechts, indien die wederzijds voor eene dadelijke vereffening en opeisching vatbaar zijn, een vereischte, waaraan in voormelden stand van zaken de beweerde schuld des verweerders niet voldeed, zoodat zij geene vernietiging eener daartegenoverstaande schuld kon teweegbrengen;

dat hieruit volgt, dat ten onrechte over ongeoorloofde splitsing van eene bekentenis wordt geklaagd, daar het aan het antwoord toegevoegde niet tot bevrijding van den schuldenaar kon strekken en alzoo het middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.

§ 88.

REGISTRATIE. — SUCCESSIEWET. — HUWELIJKSVOORWAARDEN. — GEMEENSCHAP VAN WINST EN VERLIES.

Zin en strekking van art. 2 bis der wet op het recht van successie en overgang bij overlijden.

Wat in het 3e lid van dat art. te verstaan „onder gemeenschappelijke goederen".

Toepasselijkheid van art. 61, 3e lid der voormelde wet.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

Tegen het vonnis door de Rechtbank te 's-Hertogenbosch in deze zaak gewezen wordt opgekomen met twee middelen.

Het 1e luidt: Sch. en verk. toepassing van de artt. 1 en 1bis der wet op het recht van successie en overgang bij overlijden, zijnde art. 1 der wet van 13 Mei 1859 (Stbl. nº. 36) en art. 1 der wet van 28 Mei 1869 (Stbl nº. 95) en van de artt. 174, 194, 210 en 211 B. W. *a* omdat van de huwelijksche voorwaarden tusschen de eischeresse en haren overleden echtgenoot bedongen, het gevolg is geweest, dat de winst nooit voor de helft aan den man heeft toebehoord, zoodat aan de vrouw, die krachtens die bedingen bij het overlijden des mans de geheele winst als het hare tot zich nam, zoodoende niets en *a fortiori* niet meer dan de helft in de gemeenschappelijke goederen verbleef, en de bepaling van art. 1 bis der Successiewet ten onrechte op haar is toegepast *b* omdat de Rechtbank art. 1 bis ook dan als toepasselijk heeft geoordeeld, wanneer de beschikking niet over en weer is gemaakt.

Voor de toepassing van art. 1 bis is het na de ondubbelzinnige woorden van het artikel vereischt, dat aan den langstlevenden echtgenoot uit kracht van een bij huwelijksche voorwaarden gemaakt en van het overlijden des eerst stervenden afhankelijk beding, bij dat overlijden meer dan de helft *uit de gemeenschappelijke goederen* verblijft. Het artikel treft dus de bevoordeeling uit de gemeenschap, het geval dat den langstlevenden

echtgenoot uit de tot de gemeenschap behoorende goederen meer verblijft dan zijn aandeel daarin. Is dat nu hier het geval? Het beding, dat in deze gemaakt is, luidt: „Er zal tusschen de aanstaande echtgenooten „slechts bestaan eene gemeenschap van winst en ver- „lies, *evenwel met die beperking*, dat bijaldien de man „mocht komen te overlijden vóór zijne echtgenoote „aan laatstgenoemde in vollen eigendom zal toebehooren „al de winst welke de voormelde gemeenschap zal „hebben opgeleverd." Het beding houdt dus niet in eene bepaling omtrent de verdeeling van de baten der gemeenschap, het wijst niet aan hoe in geval van vooroverlijden van den man de gedurende het huwelijk gemaakte winst zal worden verdeeld, maar het bevat eene beperking van de overeengekomen gemeenschap door uitsluiting der gemeenschap van winst, door toekenning van de geheele winst aan de vrouw, zoo de man vóór de vrouw mocht komen te sterven. Doet zich dat geval voor, dan zal de geheele winst geacht worden, van den aanvang des huwelijks buiten gemeenschap te zijn gebleven, altijd het uitsluitend eigendom der vrouw te zijn geweest. Zoo heeft het, meen ik, ook de Raad begrepen; want in het arrest van 13 Jan. 1899 (R. Dl. 181 § 7) wordt met zoovele woorden beslist, dat bij vooroverlijden van den man het gevolg van deze gemeenschap is geweest, dat op het oogenblik van den dood van den Heer P. *deze geacht werd nooit eenig deel in de winst te hebben gehad en de geheele winst aan de vrouw als haar eigendom toebehoorde.* Hier is dus van een verblijven aan de vrouw van meer dan de helft der gemeenschappelijke goederen, der goederen die de gemeenschap hebben uitgemaakt, geen sprake, want de winst is nooit gegemeenschappelijk goed geweest. En met die opvatting

komt ook overeen het arrest van 7 Jan. 1881 (R. Dl. 127 § 2). Want al gold het daar goederen door den man aangebracht, die ten gevolge van het overlijden van de vrouw moeten geacht worden van den aanvang des huwelijks af, van de gemeenschap te zijn uitgesloten geweest, en niet gezegd kunnen worden een aandeel in de gemeenschappelijke goederen te vormen, dat den overlevenden echtgenoot zou verblijven, principieel bestaat tusschen dat geval en het onderwerpelijke geen verschil, omdat daar zooals hier van het al of niet vooroverlijden van een der echtgenooten, het al of niet behooren tot de gemeenschap van de goederen in de huwelijksche voorwaarden bedoeld, afhankelijk is gesteld.

Zooals art. 1 bis luidt, is het op het in deze gemaakte beding niet toepasselijk; en het kan de vraag niet zijn, of dat dan toch niet door den wetgever is bedoeld, omdat waar de tekst der wet en de bedoeling van den wetgever niet met elkander overeenkomen, recht is de wet en niet de bedoeling van den wetgever.

Met het 1e gedeelte van dit middel kan ik mij dus wel vereenigen, niet-ook met het 2e gedeelte daarvan. Heeft de wetgever de wederkeerigheid gewild, die de eischeres voor de toepassing van art. 1bis noodzakelijk acht, de wet geeft geene aanleiding tot aanneming van die noodzakelijkheid, en brengt art. 7 der Belgische wet van 1851 zoo iets mede, als volgende uit het daar gebezigde woord *aléatoirement* (wat intusschen in België niet algemeen wordt erkend) in art. 1bis komt niets voor dat als eene vertaling van dat woord of als eene omschrijving van de daardoor uitgedrukte gedachte kan worden aangemerkt, en in zooverre is dus onze wet niet met de Belgische in overeenstemming.

Overigens verwijs ik voor dit punt naar de zich bij de stukken bevindende memories van antwoord en dupliek van de administratie.

En naar diezelfde memories verwijs ik ook voor wat betreft het 2e middel, waarbij beweerd wordt schending en verkeerde toepassing van art. 2 en 61 der Successiewet, omdat, waar de wet de rentebetaling verbindt aan het vragen van uitstel voor aangifte, geen rente kan gevorderd worden van hem die, zooals de eischeres geen uitstel vroeg en geen aangifte behoefde te doen, ja van wien zelfs een aangifte niet zou zijn aangenomen.

Art. 61 der Successiewet bepaalt, dat interest ad 4% in het jaar verschuldigd is, van het *bedrag van het recht*, en niet slechts van het bedrag van het recht verschuldigd door den tot het doen van aangifte verplichte, in geval van verlenging der termijnen van aangifte of betaling, hier is uitstel van aangifte, en wel op verzoek van dengene die tot aangifte verplicht was, verleend en de eischeres moet dus indien zij het recht verschuldigd is ook de bij de wet bepaalde interest betalen, wat zoo als het Bestuur opmerkt, ook niet onbillijk is.

Ik concludeer tot vernietiging van het beklaagde vonnis en toewijzing van de door de eischeresse ingestelde vordering onder aftrek van een bedrag van 0,22⁵ als zijnde dit door de eischeresse voor quitantiezegel en mitsdien niet onverschuldigd betaald, met veroordeeling van den verweerder in de kosten.

Arrest H. R. van 19 April 1901:
De H. R. der Ned.,
Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie tot enz.;

Gezien de stukken;

Overwegende, dat als eerste middel van cassatie tegen het den 27 April 1900 tusschen partijen gewezen vonnis der Arr. Rechtbank te 's Hertogenbosch is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1 en 1*bis* der wet op het recht van successie en overgang bij overlijden, zijnde art. 1 der wet van 13 Mei 1859 (Stbl. No. 36) en art. 1 der wet van 28 Mei 1869 (Stbl No. 95) en van de artt. 174, 194, 210 en 211 B. W.,

a. omdat van de huwelijksvoorwaarden tusschen eischeres en haren overleden echtgenoot bedongen het gevolg is geweest, dat de winst nooit voor de helft aan den man heeft toebehoord, zoodat aan de vrouw, die krachtens die bedingen bij het overlijden des mans de heele winst als het hare tot zich nam, zoodoende niets en a fortiori niet meer dan de helft in de gemeenschappelijke goederen verbleef en de bepaling van art. 1*bis* der Successiewet ten onrechte op haar is toegepast;

b. omdat de Rechtbank art. 1*bis* ook dan als toepasselijk heeft geoordeeld, wanneer de beschikking niet over en weer is gemaakt;

O., dat blijkens het bestreden vonnis de eischeres en wijlen haar echtgenoot gehuwd zijn geweest in gemeenschap van winst en verlies, „met die beperking, dat bijaldien de man mocht overlijden vóór zijne echtgenoote, aan laatstgenoemde in vollen eigendom zal toebehooren al de winst, welke de vermelde gemeenschap zal hebben opgeleverd", — en dat de nu door de eischeres als onverschuldigd teruggevorderde, door haar onder protest betaalde, rechten van suc-

cessie en overgang met rente en quitantiezegel van haar, op grond van de bij het middel van cassatie aangehaalde artt. van de wet op het recht van successie en overgang bij overlijden, gevorderd zijn voor hetgeen zij ingevolge voormeld beding uit de nalatenschap van haar echtgenoot had verkregen;

O., dat de onverschuldigdheid van de betaalde rechten bij het middel van cassatie in de eerste plaats beweerd wordt op grond, dat van de tusschen eischeres en haar overleden echtgenoot bedongen huwelijksvoorwaarden het gevolg is geweest, dat de winst nooit voor de helft aan den man heeft toebehoord, zoodat aan de eischeres, die bij het overlijden van haar echtgenoot de geheele winst als het hare tot zich nam, niets — en dus niet meer dan de helft — in de gemeenschappelijke goederen verbleef;

O., dat volgens het 3e lid van art. 1*bis* der wet van 13 Mei 1859 (Stbl. N°.36) op het recht van successie en van overgang bij overlijden, zooals die gewijzigd is bij de wet van 28 Mei 1869 (Stbl. N°. 95), de langstlevende echtgenoot, aan wien, uit kracht van een bij huwelijksvoorwaarden gemaakt en van het overlijden des eerst stervenden afhankelijk beding, bij dat overlijden meer dan de helft in de gemeenschappelijke goederen verblijft, voor de toepassing dezer wet, geacht wordt dat meerdere door het overlijden van den eerst stervenden uit den boedel van dezen te erven;

O., dat deze bepaling, blijkens hare geschiedenis, juist is gemaakt voor een geval als dit, — met het oog op art. 1525 van den Franschen Code Civil waarbij aan de echtgenooten wordt toegelaten „de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou á l' un d' eux seulement", — en zulks ten einde het successierecht ook zou geheven

worden van het voordeel dat de overlevende echtgenoot ten gevolge van zoodanig beding zou genieten; — hetgeen onder de wet van 1859 niet kon geschieden (Handel. St. Gen. $186^8/_9$, Bijl., blz. 187, 763 en 845);

O., dat in de aangehaalde wetsbepaling onder „gemeenschappelijke goederen" niet anders kan verstaan worden dan goederen, die tot de gemeenschap behoord hebben, — evenals in art. 1525 C. C. gezegd wordt: que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou á l' un d' eux seulement", en in art. 183 B. W., dat na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap „de gemeene boedel" verdeeld wordt;

O., dat nu wel ten gevolge van bovenvermeld beding, op het oogenblik van den dood van den echtgenoot van de eischeres, die echtgenoot geacht werd nooit eenig deel in de winst van de huwelijksgemeenschap te hebben gehad, en de geheele winst aan de eischeres als haar eigendom toebehoorde, — doch dat dit niet wegneemt, dat er tusschen de echtgenooten eene — zij het beperkte – gemeenschap van winst en verlies bestaan heeft, die door den dood van den echtgenoot niet werd opgeheven, doch is ontbonden, die hare werking heeft gehad, zoowel gedurende het leven van de beide echtgenooten, als bij den dood van den echtgenoot, en ten gevolge van welke gemeenschap aan de overlevende eischeres de geheele winst, die de gemeenschap had opgeleverd is verbleven;

O., dat mitsdien het in het 3e lid van art. 1*bis* der wet bedoeld geval aanwezig is, dat ingevolge een bij huwelijksvoorwaarden gemaakt beding aan den langstlevenden echtgenoot bij het overlijden van den eerstlevenden meer dan de helft in de gemeenschappelijke goederen verblijft, en de eischeres, voor de

toepassing van de Successiewet, moet geacht worden dat meerdere uit den boedel van haar echtgenoot te hebben geërfd;

O., dat ook de tweede voor onverschuldigdheid van de betaalde rechten aangevoerde grond, niet over en weer is gemaakt, niet aannemelijk is daar deze eisch in de aangehaalde wetsbepaling niet wordt gesteld, en ook, blijkens de verwijzing in de memorie van toelichting van het wetsontwerp naar art. 1525 C. C., volgens hetwelk het bedoelde beding kan gemaakt worden ten voordeele van één der echtgenooten, niet bedoeld schijnt, terwijl het in deze gemaakt beding valt in de in de wet gebezigde omschrijving;

O., dat als tweede middel van cassatie is voorgesteld:

Schending en verkeerde toepassing van de artt. 2 en 61 der Successiewet, zijnde de wet van 13 Mei 1859 (Stbl. N°. 36), omdat, waar de wet de rentebetaling verbindt aan het vragen van uitstel voor aangifte, geen rente kan gevorderd worden van hem die zooals de eischeres geen uitstel vroeg en geen aangifte behoefde te doen, ja van wie zelfs een aangifte niet zou zijn aangenomen;

O., dat volgens het 3e lid van art. 61 der wet, ingeval van verlenging der termijnen van aangifte of betaling, interest van het bedrag van het recht verschuldigd is tegen vier ten honderd in het jaar, te rekenen van den dag, waarop de betaling volgens de wet had moeten geschieden, tot dien waarop zij werkelijk plaats heeft, — zoodat, waar feitelijk vaststaat dat in deze uitstel voor de aangifte is verleend, al is het niet ten verzoeke van de eischeres, de eischeres die, zooal niet tot aangifte, tot betaling verplicht was,

interest van het bedrag van het recht verschuldigd is:

O., dat mitsdien de beide voorgestelde middelen van cassatie zijn ongegrond;

Verwerpt het beroep, en veroordeelt de eischeres in de daarop gevallen kosten.

§ 89.

BERAADSLAGING (RECHTERLIJKE). — PROCES-VERBAAL. — ONDERZOEK IN APPEL. — BERAADSLAGINC IN RAADKAMER.— BERUSTING IN HET NIET HOOREN VAN EEN GEDAGVAARDEN EN VERSCHENEN GETUIGE. — MEENING OF GISSING (GEENE).— IMPUTATIE VAN EENE BELEEDIGING. — IMPUTATIE VAN EEN BEPAALD FEIT. — AANRANDING VAN EER EN GOEDEN NAAM. — VRIJSPRAAK. — BEWIJS (TOELATING TOT). — RECHTMATIGE UITOEFENING EENER BEDIENING.

De wet beperkt de rechterlijke beraadslaging niet tot hetgeen in het proces-verbaal der terechtzitting als ZAKELIJKE *inhoud van afgelegde verklaringen en gedane opgaven is vermeld.*

De rechter in appel mag door zijn onderzoek in die instantie het licht aanvullen, dat hij meent niet genoeg te vinden in het zittingblad en in het vonnis van eersten aanleg, voor zoover hij de bewijsvoering des eersten rechters niet vernietigt.

De wet verbindt aan de niet-nakoming van art. 169, 2e *lid Strafvord. de straf van nietigheid niet.*

Bij geen enkele wetsbepaling is uitdrukkelijk of stilzwijgend, veelmin op straffe van nietigheid verboden in het audientieblad melding te maken van de beraadslaging in raadkamer en van wie daarbij tegenwoordig waren.

Ingeval het O. M. afziet van het hooren van een ten zijnen verzoeke gedagvaarden en verschenen getuige, zonder dat blijkt van eenig verzet door of van wege den beklaagde daartegen, moet deze geacht worden daarin stilzwijgend te hebben berust.

De verklaring van een getuige, dat de beklaagde hem valschelijk van een zekeren diefstal beschuldigt, is zoomin eene meening of gissing als de verklaring, dat hij zich door die beschuldiging beleedigd en in eer en goeden naam aangerand acht.

Hier is geen alternatieve aanklacht, maar slechts ééne imputatie van eene beleediging, voor welker strafbaarheid het onverschillig is, of zij op den openbaren weg is gepleegd, en of daarbij met rijksdaalders of met ander geld gerammeld is.

Op grond der uitlegging, door den beklaagde aan zijne eigen woorden gegeven, was de rechter gerechtigd in die woorden de imputatie van een bepaald feit te zien.

De wet houdt geen verbod voor den rechter in om in de opzettelijke telastlegging van diefstal zonder meer, te zien eene aanranding van eer en goeden naam van hem, tegen wien zij is gericht.

Bij de vrijspraak van den beklaagde van te hebben gehandeld tegen beter weten in en zijne niet-veroordeeling wegens LASTER, *kon er ook geen spraak zijn van eene toelating tot het bewijs of onderzoek, bedoeld bij het subsidiair gedeelte van het zevende middel.*

Een agent van politie, uit den aard van zijn ambt tot surveilleeren bevoegd en verplicht, is, dit doende, in de rechtmatige uitoefening zijner bediening tenzij van het tegendeel blijke.

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

In deze zaak zijn niet minder dan acht middelen van cassatie voorgesteld, waarvan nog twee bestaan uit een primair en een subsidiair middel.

Geen dezer middelen acht ik aannemelijk.

Het eerste middel luidt primair: Schending en verkeerde toepassing der artt. 211, 246 jct[is] 198, 210, 221, 391, 392, 399 en 403 Wetb. van Strafv.;

Subsidiair schending der artt. 198, 211, 246, jct[is] 247, 391, 400 Wetb. van Strafv.

Zoowel het primaire, als het subsidiair gestelde middel rusten op de *feitelijke* bewering, dat er strijd is tusschen hetgeen in het procesverbaal der terechtzitting omtrent de door de getuigen afgelegde verklaringen is gerelateerd, en hetgeen in het vonnis als door de getuigen opgegeven is vermeld en op de *rechtsgeleerde* stelling, dat waar zoodanige feitelijke strijd bestaat, meer waarde is te hechten aan hetgeen in het procesverbaal is vermeld, dan aan hetgeen in het vonnis opgenomen is.

Ik acht zoowel deze rechtsgeleerde stelling als het feitelijk beweren ongegrond en daarom noch het primaire, noch het subsidiaire middel aannemelijk.

Ontegenzeggelijk geeft het vonnis op de door den pleiter aangeduide plaatsen de door de getuigen afgelegde verklaringen omstandiger terug dan het procesverbaal en vindt men dus in het vonnis bijzonderheden, die niet in het procesverbaal der zitting opgenomen zijn, doch van een strijd tusschen den inhoud der in het vonnis opgenomen verklaringen en die vermeld in het procesverbaal, kan ik geen spoor ontdekken.

Dat de rechter alléén en uitsluitend mag letten op hetgeen in het procesverbaal wordt vermeld en geen

rekening mag houden met hetgeen hij zelf uit den mond der getuigen heeft opgeteekend, vind ik nergens in de wet bepaald. Veeleer het tegendeel. Volgens de tweede zinsnede van art. 198, Strafv. heeft de griffier in het procesverbaal slechts den *zakelijken* inhoud der verklaringen van de getuigen terug te geven, niet den *woordelijken* inhoud, daarentegen heeft de rechter, wil hij voldoen aan de voorschriften van art. 399 Strafv., wel degelijk te letten op den woordelijken inhoud.

Het strookt dus m. i. geheel met de bedoeling der wet, indien in het vonnis uitgebreider en meer in bijzonderheden afdalende mededeelingen voorkomen omtrent hetgeen door de getuigen ten overstaan van den rechter is verklaard, dan in het procesverbaal zijn opgenomen.

Doch zelfs al kon worden aangenomen, wat ik betwist, dat in casu de in het vonnis opgenomen getuigenverklaringen niet enkel omstandiger zijn dan die in het procesverbaal vermeld, doch dat er metterdaad onverzoenbare strijd bestaat tusschen hetgeen als door de getuigen verklaard in het vonnis is vermeld en dat, wat dienaangaande in het procesverbaal is aangeteekend, dan nog zou het middel afstuiten op uwe jurisprudentie, waarbij is beslist, dat bij strijd tusschen procesverbaal en vonnis moet worden vastgehouden aan hetgeen in het vonnis of arrest voorkomt, daar het zeker is, dat dit de opvatting van den rechter teruggeeft.

Ik beroep mij te dezen aanzien op uw arrest van 30 November 1891, W. 6120.

Als tweede, derde en vierde middel wordt gesteld:

II. Schending van art 247, jct[is] 169 en 198 Wetb. van Strafv. door het vonnis a quo te bevestigen

ofschoon, *a*: blijkens het procesverbaal der terechtzitting in eersten aanleg de beklaagde niet in de gelegenheid is gesteld, den getuigen vragen te stellen en tegen hunne veklaringen in te brengen, wat tot verdediging kon strekken, b: inbedoeld procesverbaal aanteekening is gehouden van hetgeen ter terechtzitting niet is voorgevallen, nl. de beraadslaging in raadkamer met vermelding van wie daarbij tegenwoordig was;

III. Schending der artt. 152, 154, 160 jctis 239, 240 Wetb. van Strafv. doordat ter terechtzitting van het Gerechtshof na beklaagde's opgave, dat hij is schipper, wonende te Mijdrecht, de Proc.-Gen. heeft overgelegd eene lijst van getuigen, vervolgens deze getuigen zijn opgeroepen en hierna *allen* op last van den President de gerechtzaal hebben verlaten en zich naar de voor hen bestemde kamer hebben begeven, eerst daarop de beklaagde is vermaand opmerkzaam te zijn op hetgeen hij zal hooren en nadat het rapport in deze zaak is uitgebracht, de eerste getuige binnengekomen, zijne verklaring heeft afgelegd;

IV. Schending der artt. 156, 169, 171, 172, 178 jcto. 239 Wetb. van Sv., doordat ter terechtzitting van het Gerechtshof op voorstel van den Proc.-Gen. het Hof heeft afgezien van het hooren van den gedagvaarden en verschenen getuige N. P., zonder dat de beklaagde hiertoe toestemming heeft verleend;

Kortheidshalve zij het mij vergund, deze drie middelen te zamen te behandelen, waartoe ik te meer aanleiding heb, omdat ze m. i. alle voortvloeien uit miskenning van een beginsel, waarvan de wetgever bij het ter nederschrijven van den vierden titel van het W. v. Sv. is uitgegaan.

Dat beginsel is, dat er onderscheid moet gemaakt worden tusschen de voorschriften, die de wetgever

van zoo groot belang oordeelt, dat hij aan het niet in acht nemen daarvan de straf van nietigheid heeft verbonden en die voorschriften, wier naleving alleen verzekerd wordt, doordat de wet aan het O. M. en aan den beklaagden bij art. 199 en 200 jcto. 346 Sv. het recht verzekerd heeft, om indien hun belang dit medebrengt, de naleving daarvan te kunnen vorderen.

Brengt noch het belang van de verdediging, noch dat van de aanklacht de naleving mede, dan kunnen die voorschriften straffeloos buiten toepassing blijven, omdat de wetgever onderstelde, dat ze dan ook voor de betrekkelijke zaak van weinig of geen waarde zouden zijn.

Nu behooren al de voorschriften waarvan volgens hetgeen bij het tweede, derde en vierde middel gesteld wordt, in het onderhavige geval zou zijn afgeweken, tot de bepalingen waarvan de belanghebbende partij de naleving kan vorderen, doch aan wier niet naleving de wet geene nietigheid heeft verbonden, waarom eene bloote afwijking daarvan niet tot cassatie kan leiden.

Voor zooveel betreft de niet naleving van art. 169, 2e lid is dit uitdrukkelijk beslist bij uwe arresten van 11 Maart 1889, W. 5691, van 6 Mei 1889, W. 5718 en van 9 Mei 1892, W. 6186. Geen der drie middelen zooeven bedoeld acht ik daarom aannemelijk, terwijl ik wat betreft het tweede middel sub *b.* nog opmerk, dat het mij niet duidelijk is mogen worden, hoe door de noodelooze maar m. i. zeer onschuldige vermelding in het proces-verbaal der terechtzitting, dat de Rechtbank in raadkamer vergaderd, daarna in tegenwoordigheid van den substituut griffier tot beraadslaging is overgegaan, art. 198 of eenig ander art. van het W. v. Sv. kan zijn geschonden.

Bij het vijfde middel wordt gesteld: Schending

van art. 398 Wetb. van Sv., doordien tot het bewijs van de ten laste gelegde feiten hebben medegewerkt de verklaringen van getuige B. *a*: dat beklaagde hem sedert dien tijd valschelijk beschuldigt, dat hij bij die gelegenheid twee rijksdaalders aan beklaagde zou hebben ontstolen; *b*: dat hij zich door die beschuldiging van beklaagde beleedigd acht en in zijn eer en goeden naam aangerand.

Heb ik den pleiter goed begrepen, dan ziet hij in deze verklaringen bijzondere meeningen of gissingen, bij redeneering opgemaakt.

Waar het mij voorkomt ten onrechte.

In den mond van dengene, die beticht wordt is de uitdrukking, dat de tegen hem gerichte beschuldiging valsch is, niet eene *appreciatie*, doch veeleer eene *negatie*, het is eene op eigen wetenschap rustende ontkenning van de daad, die hem ten laste wordt gelegd.

Evenzoo is de subjectieve verklaring van den beleedigde, waar hij als getuige optreedt, dat hij zich door de beschuldiging beleedigd acht en in zijn eer en goeden naam aangerand, het constateeren van een feit, die verklaring zou eerst eene bijzondere meening worden, indien ze in den objectieven vorm ware geschied en de getuige verklaard had, dat hij beleedigd en in zijn eer en goeden naam aangerand is.

Bij de vijfde overweging van het vonnis wordt dan ook niet op grond van de verklaring van den getuige B. aangenomen, dat de naar het hoofd van den getuige geslingerde beschuldiging diens eer en goeden naam aanrandt, maar spreekt de rechter geheel zelfstandig dit oordeel over de beteekenis der beschuldiging uit.

Het zesde middel wordt geformuleerd als volgt:

Schending van art. 221 jctis 143, 211, 216, 223, 247. Wetb. van Strafv. door bewezen te verklaren het bij dagvaarding ten laste gelegde en beklaagde's schuld daaraan, terwijl de dagvaarding eene telastlegging bevat van alternatief feitelijken inhoud, althans subsidiair feiten ten laste legt aan beklaagde.

Er is hier m. i. geen alternatieve telastelegging, tegen den beklaagde worden niet twee feiten ingebracht met de vermelding, dat hij of het een, of het andere heeft gepleegd. Er is slechts één feit ten laste gelegd en wel, dat de beklaagde op 28 Juli 1900 te Uithoorn opzettelijk tegen beter weten in de eer en goeden naam van G. B., nachtwaker en tevens onbezoldigd agent van politie der gemeente Uithoorn en zulks met het kennelijk doel om aan zijne na te melden telastelegging ruchtbaarheid te geven, door op of aan den openbaren weg in de bebouwde kom der gemeente, terwijl hij, beklaagde, met een paar rijksdaalders, althans geld rammelde, zoo luide dat de voorbijgangers dit konden hooren, opzettelijk beleedigend voor B. voornoemd, die aldaar surveilleerde, te roepen, ongeveer het navolgende: „Gerrit Brumes, ik heb er „nog, nou kan je er weer twee van mij stelen, zoo- „als je al gedaan hebt"!

Ik kan in die formuleering inderdaad slechts de imputatie van *één* nauwkeurig omschreven feit zien, al is het waar, dat op twee geheel ondergeschikte punten de imputatie niet volkomen stellig is. De dagvaarding laat immers onbeslist of de beklaagde toen hij de beleedigende woorden uitte zich *op* of *aan* den openbaren weg bevond en of hij *met rijksdaalders* dan wel *met andere geldstukken* heeft gerammeld.

Konden deze omstandigheden werkelijk eenigen invloed uitoefenen, hetzij op het karakter der aantijging

hetzij op de daaraan te geven qualificatie, dan voorzeker ware de grief, dat de rechter omtrent deze punten geen breed gemotiveerde beslissing heeft gegeven te rechtvaardigen, thans echter meen ik, dat de rechter zich daarvan kon en mocht onthouden, immers staat in de vierde overweging te lezen, dat de rechter de bekentenis van den beklaagde tot grondslag der schuldigverklaring neemt en uit die in de tweede overweging opgenomen bekentenis blijkt, dat de beklaagde volgens zijne meening de geincrimineerde woorden heeft geuit, *op* den openbaren weg en dat hij met *rijksdaalders* heeft gerammeld -- omtrent de beide bij het middel bedoelde punten is dus alle onzekerheid weggenomen — en er is hier niet zoodanig gemis aan eene bepaalde beslissing als die uwen Raad aanleiding gaf in het geval bedoeld bij het door den pleiter aangehaalde arrest van 19 Febr. 1889, W. 5681, een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam te vernietigen. Ook het zesde middel kan dus naar mijne meening niet tot cassatie leiden.

Als zevende middel is gesteld: Verkeerde toepassing van artikel 261 Wetb. v. Strafr., schending van art. 211 jcto 143, 216, 221 Wetb. van Strafv. door den beklaagden te veroordeelen wegens smaad op grond, dat de beschuldiging, dat iemand twee rijksdaalders zou hebben gestolen is ten lastelegging van een bepaald feit, waarop bij de wet zware straf is bedreigd en waardoor iemands eer of goede naam wordt aangerand en door aan te nemen beklaagde's doel om ruchtbaarheid aan die beschuldiging te geven.

Dit middel steunt op vier stellingen, en wel:

a dat de aantijging geen bepaald feit behelst;

b dat niet ten laste gelegd en ook niet bewezen is verklaard, dat beklaagde gezegd heeft, dat

twee *rijksdaalders* gestolen zouden zijn door B.

c dat de beslissing, dat door de aantijging B's. eer is aangerand niet voldoende is gemotiveerd.

d dat geenszins blijkt dat beklaagde de bedoeling heeft gehad aan de aantijging ruchtbaarheid te geven en het opzet, om langs dien weg de eer en goeden naam van den beleedigde aan te randen.

Het komt mij voor, dat aan al deze beweringen de feitelijke grondslag ontbreekt.

Door den rechter is aan het bewijs de bekentenis van beklaagde ten grondslag gelegd. Blijkens de tweede overweging heeft de beklaagde bekend dat hij ter bedoelder plaats en tijd, terwijl aldaar een aantal menschen stonden, op luiden toon tegen den getuige B., op wien hij verbolgen was, heeft geroepen, na eerst twee rijksdaalders uit zijn zak te hebben gehaald en die B. te hebben voorgehouden, „G. B. ik heb er „nog, nou kun je er weer twee van mij stelen, zooals je al gedaan hebt".

In dit rede, verband nader door gebaren toegelicht is de aantijging dat de *bepaald* aangewezen persoon B. twee rijksdaalders, alzoo een *bepaald* aangewezen som heeft gestolen ten nadeele van den beleediger, d. i. dus ook van een *bepaald* persoon onmiskenbaar.

Dat zoodanige telastlegging, ook al laat ze nog veel in het onzekere, in den zin der strafwet een bepaald feit oplevert acht ik onbetwistbaar.

De woorden zijn niet anders te verstaan, dan als de openbaarmaking van een feit door den aangewezen persoon ten nadeele van den beleediger gepleegd, en blijkens de vijfde overweging heeft de rechter in casu ook in factis beslist, dat de gebezigde woorden die beteekenis hadden.

Die beslissing is als van feitelijken aard in cassatie onaantastbaar, en het alzoo bewezen verklaar de levert in rechten een bepaald feit op.

Ik kan niet inzien, hoe kan beweerd worden, dat bij de dagvaarding iets anders is ten laste gelegd; -- dagvaarding en schuldigverklaring dekken in dat geval elkander op dit punt volkomen.

Evenmin is mij duidelijk, hoe getwijfeld kan worden aan de bedoeling, om ruchtbaarheid te geven en aan het opzet om eer en goeden naam aan te randen, waar bekend en bewezen is verklaard, dat beklaagde, terwijl hij verbolgen was, op den beleedigde op luiden toon in tegenwoordigheid van een aantal personen op den openbaren weg een zóó duidelijke en voor iedere verstaanbare aantijging heeft gedaan.

Ik acht dus ook dit middel ongegrond, evenals het subsidiair daaraan toegevoegde middel, luidende: Schending van artikel 261, 3° jcto 263, 267 Wetboek v. Strafrecht door den beklaagde te veroordeelen wegens smaad aangedaan aan een ambtenaar gedurende de rechtmatige uitoefening zijner bediening, zonder toe te laten het bewijs der waarheid van het ten laste gelegde feit.

Hieromtrent kan ik volstaan met de opmerking, dat uit de stukken niet blijkt, dat de beklaagde hetzij in eersten aanleg, hetzij in hooger beroep eenig verzoek gedaan heeft, om tot het bewijs van het aan den beleedigde ten laste gelegde feit te worden toegelaten en dat ook niet blijkt, dat hij daartoe eenige poging heeft gedaan. Terwijl van toepassing van artikel 262 Strafr. ook de rede niet kon zijn, nu de rechter uitdrukkelijk heeft beslist, dat niet bewezen is, dat de beklaagde tegen beter weten in heeft gehandeld en de beklaagde mitsdien van dat gedeelte der aanklacht heeft vrijgesproken.

Eindelijk het achtste en laatste middel genaamd: Schending der artt. 211, 221, jct[is] 391, 397, 398 Wetb. van Strafv. verkeerde toepassing van art. 267, Wetb. van Strafr. door aan te nemen dat de smaad aan getuige B. is aangedaan gedurende diens rechtmatige uitoefening zijner bediening, op grond van de omstandigheid, dat deze op het oogenblik, dat de beklaagde de geincrimineerde woorden uitte als onbezoldigd agent van politie surveilleerde, terwijl slechts een getuige dit verklaart, niet blijkt dat hij op dat oogenblik tot surveilleeren in zijne qualiteit bevoegd was, niet onderzocht en beslist is, of dat surveilleeren als eene rechtmatige uitoefening der bediening kon worden aangemerkt en evenmin is onderzocht, of beslist, dat de beklaagde wist, dat de getuige, op dat tijdstip als ambtenaar fungeerde.

Ten opzichte van dat middel merk ik allereerst op dat ter terechtzitting in eersten aanleg voorlezing is gedaan van een procesverbaal op 28 Juli 1900 op den ambtseed opgemaakt door den rijksveldwachter N. P., terwijl het vonnis aanvangt met de vermelding, gezien het procesverbaal van den 28 Juli 1900 van den rijksveldwachter N. P. en dat uit dit verbaal voldingend blijkt, dat de geincrimeerde woorden geuit zijn bij gelegenheid, dat de rijksveldwachter N P. en de onbezoldigde politieagent B., den beklaagde bekeurden wegens het zich in kennelijken staat van dronkenschap bevinden op den openbaren weg.

Er kan dus redelijkerwijze geen twijfel zijn, of B. was in de rechtmatige uitoefening zijner functie; — in het geding is daaraan ook geen twijfel geopperd.

Bij zijne bekentenis heeft de beklaagde ook erkend, dat hij den getuige als politieagent kende en dat de geheele aantijging betrekking heeft op een feit

dat naar beklaagdes beweren door B. juist in zijne hoedanigheid van agent zou gepleegd zijn.

Bij dien stand van zaken meen ik, dat het vonnis voldoende gemotiveerd is, waar het in samenhang met al het andere op de verklaring van den getuige B. als bewezen aanneemt, dat deze in de rechtmatige uitoefening zijner bediening verkeerde, toen hem de beleedigende en smadende woorden werden toegevoegd, terwijl de feitelijke beslissing van den rechter medebrengt, dat ook de beklaagde heeft geweten, dat de beleedigde op dat tijdstip als ambtenaar tegenover hem stond.

Geen der middelen aannemelijk achtende, heb ik de eer te concludeeren tot verwerping dezer voorziening.

Arrest H. R. van 22 April 1901 :

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van W. v. R., oud 50 jaren, schipper, geboren te Wijk bij Duurstede en wonende te Mijdrecht, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van den 18en Dec. 1900, voor zoover hij daarbij is veroordeeld, bij welk arrest is bevestigd, voor zoover daarvan is geappelleerd, dat is voor zoover de requirant niet was vrijgeproken, het vonnis door de Arr. Rechtb. te Amsterdam op 19 Oct. 1900 op tegenspraak gewezen, bij hetwelk de requirant is schuldig verklaard aan smaad aan een ambtenaar gedurende de rechtmatige uitoefening zijner bediening aangedaan en, met toepassing van de artt. 261, 267, 269 van het W. v. Sr., 214 en 216 van dat van Sv., veroordeeld tot gevangenisstraf voor den tijd van eene maand en hij is vrijgeproken van hetgeen hem meer of anders is ten laste gelegd dan als bewezen is aangenomen;

Gehoord het verslag van den Raadsheer HANLO;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

I. Schending en verkeerde toepassing van de artt. 211, 246, in verband met de artt. 198, 210, 221, 391, 392, 399 en 403 van het W. v. Sv.;

subsidiair: Schending van de artt. 198, 211, 246 in verband met de artt. 247, 391 en 400 van het W. v. Sv.;

II. Schending van art. 247 in verband met de artt. 169 en 198 van het W. v. Sv.;

III. Schending van de artt. 152, 154, 156, 160 in verband met de artt. 239, 240 van het W. v. Sv.;

IV. Schending van de artt. 156, 169, 171, 172, 178, 239 van het W. v. Sv.;

V. Schending van art. 398 van het W. v. Sv.;

VI. Schending van art. 221 in verband met de artt. 143, 211, 216, 223 en 247 van het W. v. Sv.;

VII. verkeerde toepassing van art. 261 van het W. v. Sr.; en schending van art. 211 in verband met de artt. 143, 216 en 221 van het W. v. Sv.;

subsidiair: Schending van art. 261, 3°. in verband met de artt. 263, 267 van het W. v. Sr.;

VIII. Schending van de artt. 211, 221 in verband met de artt. 391, 397, 398 van het W. v. Sv. en verkeerde toepassing van art. 267 van het W. v. Sr.;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat van hetgeen den beklaagde (req.) bij de dagvaarding is telastgelegd, met zijne schuld daaraan, wettig en overtuigend bewezen is verklaard, dat hij op 28 Juli 1900 te Uithoorn opzettelijk de eer en den goeden naam heeft aangerand van G. B., onbezoldigd agent van politie der gemeente Uithoorn en zulks met het kennelijk doel om aan zijne na te mel-

den telastlegging ruchtbaarheid te geven, door op den openbaren weg in de bebouwde kom der gemeente, terwijl hij, beklaagde, met een paar rijksdaalders rammelde, zoo luid dat de voorbijgangers het konden hooren, opzettelijk beleedigend voor B. voornoemd, die aldaar surveilleerde, te roepen ongeveer het navolgende: „Gerrit Bruines, ik heb er nog, nou kan je er weer twee van me stelen, zooals je al gedaan hebt"; welk feit bij het bevestigde vonnis is gequalificeerd zooals in het hoofd van het tegenwoordig arrest is gezegd;

O., dat hetgeen tot ondersteuning van het eerste middel is aangevoerd zakelijk hierin bestaat: dat in het bevestigde vonnis vermeld worden als door getuigen verklaard en als bewijsmateriaal gebruikt eenige meer of minder belangrijke bijzonderheden, die niet of anders zijn opgenomen in het proces-verbaal der terechtzitting van de Rechtbank, terwijl de Rechtbank, volgens requirant, bij hare bewijsvoering, van de verklaringen der getuigen en opgaven van den beklaagde slechts had mogen gebruik maken voor zoover haar inhoud in dat proces-verbaal is opgenomen;

O., dat volgens art. 198 van het W. v. Sv. het proces-verbaal der terechtzitting slechts moet behelzen den zakelijken, niet den woordelijken inhoud, der verklaringen van de getuigen en deskundigen en der opgaven van de beklaagden; dat dienovereenkomstig het verschil tusschen de verklaringen en opgaven, zooals die hier in het zittingblad en zooals ze in het vonnis voorkomen, hierin bestaat, dat ze in het vonnis uitvoeriger zijn opgenomen dan in het zittingblad;

O., dat de rechter verplicht is te beraadslagen naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting, dus wanneer er een verhoor van getuigen, deskundigen of beklaagden heeft plaats gehad, naar aanleiding van

alles wat hij uit hun mond zelf heeft gehoord; dat de wet de ruimte dier beraadslaging niet beperkt tot hetgeen in het proces-verbaal der terechtzitting als zakelijken inhoud van afgelegde verklaringen en gedane opgaven wordt vermeld en de rechter alzoo de wet naleeft en juist toepast, wanneer hij in zijn vonnis opneemt ook verklaringen en opgaven ter terechtzitting gedaan en niet in het zittingblad vermeld, die hij dienstig acht tot de beslissing der zaak;

dat derhalve het eerste middel is ongegrond;

O., dat tot ondersteuning van het subsidiair gestelde eerste middel is aangevoerd in de eerste plaats: dat het proces-verbaal der terechtzitting in eersten aanleg bezwaarlijk in hooger beroep kan dienen voor de in art. 246 van het W. v. Sv. bevolen beraadslaging, wegens het groote verschil tusschen hetgeen in het vonnis en hetgeen in gezegd proces-verbaal voorkomt ten aanzien van de verklaring van den getuige B. en de opgave van den beklaagde;

O., dat de rechter in hooger beroep niet alleen te beraadslagen heeft naar aanleiding van het proces-verbaal der terechtzitting in eersten aanleg, maar ook naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in hooger beroep en dat hij door laatstgenoemd onderzoek het licht zal kunnen aanvullen, dat hij zou meenen niet genoeg aan eerstgenoemd proces-verbaal te kunnen ontleenen, of in het vonnis in eersten aanleg, voor zoover hij de bewijsvoering niet vernietigt, te kunnen vinden;

dat dus onjuist is de eerste bewering;

O. wat betreft de tweede bewering tot ondersteuning van het subsidiaire middel aangevoerd, nl., dat ook daarom gezegd proces-verbaal niet tot basis der beraadslaging in hooger beroep zou kunnen dienen,

omdat het vonnis verklaringen bevatte, welke ter terechtzitting niet waren afgelegd;

dat deze bewering haar feitelijken grondslag mist, omdat ze alleen berust op de onjuiste stelling van den beklaagde, dat op wat niet in het proces-verbaal der terechtzitting omtrent den inhoud van verklaringen van getuigen of opgaven van beklaagden is vermeld, door den rechter geen acht mag geslagen worden en het beschouwd moet worden als niet geschied te zijn;

dat derhalve ook deze bewering niet kan opgaan;

O., dat tot ondersteuning van het tweede middel is aangevoerd:

a. dat, blijkens het proces-verbaal der terechtzitting in eersten aanleg, de beklaagde niet in de gelegenheid is gesteld den getuigen vragen te stellen en tegen hunne verklaringen in te brengen wat tot verdediging kan strekken;

b. dat in bedoeld proces-verbaal aanteekening is gehouden van wat ter terechtzitting niet is voorgevallen nl., de beraadslaging in raadkamer, met vermelding van wie daarbij tegenwoordig was;

O., wat betreft het beweerde sub *a.*, dat de wet aan de niet-nakoming van het in art. 169, 2e lid van het W. v. Sv. vervatte voorschrift de straf van nietigheid niet heeft verbonden; dat bovendien in het zittingblad is vermeld, dat beklaagde is ondervraagd, niet alleen vóór en ná, maar ook in den loop van het getuigenverhoor, waaruit mag afgeleid worden, dat aan den beklaagde de gelegenheid is gegeven bij voornoemde wetsbepaling bedoeld; dat in elk geval niet blijkt, dat die gelegenheid aan den requirant in weerwil van een verzoek daartoe is onthouden;

O. wat betreft het beweerde sub *b.*, dat bij geen enkele wetsbepaling uitdrukkelijk of stilzwijgend, veel-

min op traffe van nietigheid verboden is in het audientieblad eene aanteekening te houden, zoodanig als hier is gehouden;

O., dat mitsdien het tweede middel is ongegrond;

O., dat tot ondersteuning van het derde middel is aangevoerd: dat, ter terechtzitting van het Gerechtshof, na beklaagde's opgave, dat hij is schipper, wonende te Mijdrecht, de Proc.-Gen. heeft overgelegd eene lijst van getuigen, vervolgens deze getuigen zijn opgeroepen en hierna allen op last van den President de gerechtszaal hebben verlaten en zich naar de voor hen bestemde kamer hebben begeven, eerst daarop de beklaagde is vermaand opmerkzaam te zijn op hetgeen hij zal hooren en nadat het rapport in deze zaak is uitgebracht, de eerste getuige, binnengekomen, zijne verklaring heeft afgelegd;

O., dat de requirant in gebreke is gebleven eenige wetsbepaling aan te wijzen waarbij de hier gevolgde wijze van procedeeren op straffe van nietigheid is verboden; dat ook niet blijkt, dat de beklaagde daardoor eenigszins in zijn recht van verdediging is verkort en dit wel het allerminst het geval kan zijn doordat hij, terwijl de getuigen nog buiten de gerechtszaal waren, vóór het rapport in de zaak is uitgebracht en vóór dat het getuigenverhoor een aanvang heeft genomen, is vermaand opmerkzaam te zijn op hetgeen hij zal hooren;

O., dat mitsdien het derde middel is ongegrond;

O., dat tot ondersteuning van het vierde middel is aangevoerd: dat ter terechtzitting van het Hof, op voorstel van den Proc.-Gen., het Hof heeft afgezien van het hooren van den gedagvaarden en verschenen getuige N. P., zonder dat de beklaagde daartoe toestemming heeft verleend;

O., dat de wet geene bepaling inhoudt, die op straffe van nietigheid in een geval als het hier aanwezige de uitdrukkelijke toestemming van den beklaagde eischt, zooals zij dat doet bijvoorbeeld in de artt. 147, 156, 162, 171 van het W. v. Sv.; dat die toestemming hier geacht mag worden stilzwijgend gegeven te zijn door den beklaagde, die, ter terechtzitting tegenwoordig, zich niet tegen het voorstel van den Proc.-Gen. heeft verzet;

O., dat mitsdien geen der in het middel genoemde artt. is geschonden en het vierde middel is ongegrond

O., dat tot ondersteuning van het vijfde middel is aangevoerd: dat tot bewijs van de ten laste gelegde feiten hebben medegewerkt de verklaringen van getuige B.:

a. dat beklaagde hem sinds dien tijd valschelijk beschuldigt, dat hij bij die gelegenheid twee rijksdaalders aan beklaagde zou hebben ontstolen;

b. dat hij zich door die beschuldiging beleedigd acht en in zijn eer en goeden nam aangerand;

O., dat wanneer eerstgenoemde uitdrukking gebezigd wordt door iemand, aan wien een feit ten laste gelegd wordt, waaraan hij weet onschuldig te zijn, hij tegenover den telastlegger geen meening of gissing uit, maar op grond van eigen wetenschap aldus spreekt; terwijl de tweede genoemde uitdrukking niet anders is dan de uiting van iets wat hij persoonlijk ondervindt;

O., dat alzoo het vijfde middel is ongegrond;

O., dat tot ondersteuning van het zesde middel is aangevoerd: dat het bij dagvaarding ten laste gelegde feit en beklaagde's schuld daaraan bewezen is verklaard, terwijl de dagvaarding eene telastlegging bevat van alternatief feitelijken inhoud, althans subsidiair feiten ten laste legt aan beklaagde;

O., dat die alternatieve telastlegging, volgens den req. hierin zou bestaan, dat in de dagvaarding gesteld is, dat de beleedigende woorden gezegd zijn „op of aan den openbaren weg", en dat beklaagde „met een paar rijksdaalders, althans geld, rammelde";

O., dat er van slechts één feit, ééne telastlegging van beleediging hier sprake is, voor wier strafbaarheid het onverschillig is of ze op of aan den openbaren weg is gepleegd en of daarbij met rijksdaalders of met ander geld gerammeld is;

dat, blijkens de overwegingen van het vonnis, de Rechtbank als bewezen heeft aangenomen, dat de beleediging is aangedaan op den openbaren weg en dat er gerammeld is met twee rijksdaalders;

dat verder de beklaagde bij het vonnis uitdrukkelijk wordt vrijgesproken van hetgeen hem meer of anders is ten laste gelegd, dan bij het vonnis als bewezen is aangenomen; welk woord „anders" alleen kan doelen op de uitdrukkingen „of aan den weg" en „althans met geld gerammeld" in de dagvaarding;

O., dat mitsdien het zesde middel zijn feitelijken grondslag mist;

O. ten aanzien van het zevende middel:

dat in de eerste plaats tot ondersteuning daarvan is aangevoerd: dat de woorden door den beklaagde geuit niet inhouden een bepaald feit in den zin der wet;

O. dienaangaande, dat de rechter in de gebezigde woorden: „Gerrit Bruines, ik heb er nog, nou kan „je er weer twee van me stelen, zooals je al gedaan „hebt", de telastlegging van een bepaald feit heeft gezien, op grond o. a. van de in het vonnis opgenomen erkentenis van den beklaagde: „dat hij met dit „gezegde zinspeelde op een voor een paar jaar geleden „voorgevallen feit, toen B. hem wegens dronkenschap

„naar het arrestantenlokaal had gebracht en daar had „doen verblijven en hem bij die gelegenheid twee „rijksdaalders heeft ontstolen";

dat bij die uitlegging, door den beklaagde aan zijn eigen woorden gegeven en daarmede geheel overeenstemmende, de rechter gerechtigd was ze als de telastlegging van een bepaald feit in den zin der wet op te vatten;

O., dat in de tweede plaats is beweerd: dat aan beklaagde geenszins ten laste is gelegd, noch door hem of de getuigen is opgegeven of bewezen is verklaard, dat hij gezegd zou hebben, dat getuige B. twee rijksdaalders zou hebben gestolen;

O., dat deze bewering van feitelijken grondslag is ontbloot, als in strijd met alles wat betrekkelijk die punten in het vonnis is opgenomen, waarop in cassatie niet kan worden teruggekomen;

O., dat in de derde plaats is aangevoerd: dat blijkens de duidelijke bewoordingen der wet bij smaad de aanranding van iemands eer en goeden naam niet, althans niet enkel en alleen, mag worden afgeleid uit den aard van het ten laste gelegde feit, doch dient te worden afgeleid uit het feit der ten laste legging met het doel om aan die telastlegging ruchtbaarheid te geven;

O., dat voor het bestaan van het misdrijf van smaad wel noodig is, dat de aanranding van eer en goeden naam en de bedoeling om ruchtbaarheid te geven samengaan; dat echter aanranding van eer en goeden naam bestaanbaar is zonder de bedoeling van ruchtbaarheid en dat de bewoordingen der wet geen verbod voor den rechter inhouden om in de opzettelijke telastlegging van diefstal, zonder meer, te zien eene aanranding van eer en goeden naam van hem, tegen wien ze geschiedt;

O., dat in de vierde plaats is aangevoerd: dat geenszins blijkt, dat beklaagde de bedoeling had aan de beschuldiging, dat B. twee rijksdaalders had gestolen, ruchtbaarheid te geven en door die telastlegging diens eer en goeden naam aan te randen;

O., dat deze bewering haren feitelijken grondslag mist, daar blijkens het vonnis vaststaat, dat de beleediging, bestaande in de telastlegging van diefstal van twee rijksdaalders, welke is eene aanranding van de eer en den goeden naam des beleedigden, hem door den beklaagde is aangedaan met het opzet om hem te beleedigen en met de bedoeling om die door velen te laten hooren;

dat mitsdien ook het zevende middel is ongegrond;

O. wat betreft het subsidiair gestelde zevende middel en de tot ondersteuning daarvan gevoerde bewering dat de beklaagde veroordeeld is zonder toegelaten te zijn tot het bewijs der waarheid van het ten laste gelegde feit, althans zonder dat getreden is in een onderzoek naar de juistheid van beklaagde's verdediging: dat getuige B. hem twee rijksdaalders had ontstolen;

dat de aangehaalde wetsbepalingen op de aangeduide wijze niet kunnen geschonden zijn, daar de beklaagde vrijgesproken is van de telastlegging „te hebben gehandeld tegen beter weten in", en niet veroordeeld kon worden wegens laster, in welk geval alleen er spraak had kunnen zijn van eene toelating tot het bewijs of het onderzoek bij het middel bedoeld;

dat mitsdien ook dit subsidiaire middel is ongegrond;

O. wat betreft het achtste middel, waarbij beweerd wordt, dat het bevestigde vonnis niet behoorlijk met redenen is omkleed ten aanzien der beslissing, dat de smaad den getuige B. is aangedaan in de rechtmatige

uitoefening zijner bediening, dat blijkens het vonnis de beklaagde, behoudens de uitzondering, dat hij niet wil bekennen, dat hij tegen beter weten in gehandeld heeft de aan hem ten laste gelegde feiten heeft bekend;

O., dat tot de ten laste gelegde feiten door den beklaagde erkend behoort: dat de getuige B. ten tijde en ter plaatse der beleediging was onbezoldigd agent van politie en daar en toen surveilleerde (welk feit mede door den getuige B. is verklaard);

dat in die bekentenis ligt opgesloten, dat de beklaagde wist, dat hij met een politiebeambte te doen had; dat een agent van politie uit den aard van zijn ambt tot surveilleeren bevoegd en verplicht is en, dit doende, is in de rechtmatige uitoefening zijner bediening, tenzij van het tegendeel blijke;

O., dat de Rechtbank door gezegde bekentenis van den beklaagde en gezegde verklaring van den getuige B., in haar vonnis als bewijsmiddelen aan te voeren, genoegzaam heeft gemotiveerd hare beslissing, dat de smaad van getuige B. is aangedaan in de rechtmatige uitoefening zijner bediening, zulks te meer nu de beklaagde geen enkel der feiten, waarop die qualificatie berust, heeft betwist, en er mitsdien voor de Rechtbank geen enkele aanleiding bestond te dien aanzien in verdere beschouwing te treden;

dat derhalve ook het achtste middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

§ 90.

BEVOEGDHEID VAN DEN RECHTER. — WETENSCHAP. — BEWIJS.

De rechter is niet bevoegd UIT EIGEN WETENSCHAP

als bewezen aan te nemen feiten en feitelijke toestanden, die niet zijn van zoodanigen aard, dat hij geacht zoude moeten worden daarmede bekend te zijn.

Conclusie van den Adv.-Gen. NOYON:

De Kantonrechter te Roermond heeft bij het vonnis, waartegen het huidige beroep is gericht bewezen verklaard, dat de requirant in den voormiddag van 3 Dec. 1900 te circa half vier te Roermond als houder van eene inrichting waarin men gelagen zet, daarin in de lokalen der vereeniging G. S. bezoekers aanwezig heeft laten zijn, en op dit bewezene feit toegepast art. 2 der Verordening betrekkelijk restaurants, enz. te Roermond, volgens hetwelk de houders van in art. 1 genoemde inrichtingen — dat zijn restaurants, koffie- of bierhuizen, tapperijen, slijterijen of in het algemeen inrichtingen waar men gelagen zet, met uitdrukkelijke uitzondering bij art. 8 voor de toepassing van art. 2 op de ook in art. 1 genoemde societeiten tusschen middernacht en zes uur 's morgens geen bezoekers daarin mogen hebben.

De bijzondere omschrijving van de lokalen waarin de overtreding gepleegd werd houdt verband met de bewering van den req., die thans ook den grondslag uitmaakt van het voorgestelde cassatiemiddel, dat op die lokalen de verordening niet toepasselijk is.

Het middel luidt: Schending door verkeerde toepassing van de artt. 1, 2, 5, en 8 der Verordening betrekkelijk restaurants, koffie- en bierhuizen, tapperijen en dergelijke in de gemeente Roermond en niet toepassing van art. 216 van het Wetboek van Strafv.

Blijkens de toelichting berust het hierop, dat het betrokkene lokaal niet de algemeene bestemming had

om voor het publiek toegankelijk te zijn, uit hoedanige bestemming in verband met 's Hoogen Raads arresten van 5 Dec. 1898 en 13 Nov. 1899 (Wbl. 7212 en 7364) alleen zou kunnen volgen dat het ook wanneer publiek er tijdelijk niet werd toegelaten aan de bepaling omtrent het sluitingsuur onderworpen zou blijven, dat nu de Kantonrechter dit element ten onrechte heeft verwaarloosd door aan te nemen, dat een huis waar men gelagen zet, niet juist behoeft te zijn een huis waarin gewoonlijk het publiek wordt toegelaten.

Er is vastgesteld dat het betrokken lokaal in het jaar 1900 twaalf avonden voor het publiek heeft opengestaan. Van een gewoonlijk voor het publiek openstaan blijkt hier dus niet. Maar al heeft de Hooge Raad in de genoemde arresten deze eigenschap tot uitlegging van de toegepaste verordeningen min of meer op den voorgrond gesteld, daaruit mag geene gevolgtrekking gemaakt worden voor de uitlegging van elke andere verordening.

De in die arresten behandelde verordeningen spraken uidrukkelijk van voor het publiek toegankelijke inrichtingen, hier daartegen wordt die nadere qualificatie gemist. Daarentegen zijn uitdrukkelijk societeiten van de toepassing van art. 2 der Verordening uitgesloten.

De plaatselijke wetgever is er dus op bedacht geweest niet elk onderling samenzijn van leden eener vereeniging in eigen gebouw te beperken, zoodanige beperking werd door den Hoogen Raad bij arrest van 5 Dec. 1894, Wbl. 6595 gewraakt, als liggend buiten de bevoegdheid van den Gemeenteraad tot het maken van verordeningen in het belang der openbare orde, zedelijkheid en gezondheid.

Moest men nu met den Kantonrechter aannemen dat eene inrichting waar men gelagen zet bestaat overal waar de houder er zijn werk van maakt aan de bezoekers tegen betaling spijs en drank te leveren en die aldaar te doen gebruiken, dan zou de bepaling der Roermondsche verordening in strijd zijn met de bij laatstgenoemd arrest genomene beslissing zoo dikwijls het geldt inrichtingen van geheel privaten aard; ook societeiten zouden er dan onder begrepen zijn.

In den zin der verordening, die zelve de societeiten uitsluit, vallen onder de inrichtingen alleen die welke met herbergen, tapperijen enz. gemeen hebben dat het publiek er wel in wordt toegelaten.

En wanneer het dan neerkomt op de vraag hoever de bevoegdheid van den Gemeenteraad hier gaat, m. a. w. onder welke voorwaarde de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid gezegd kan worden bij eenige regeling betrokken te zijn, dan mag men aannemen, dat elke inrichting waarin het publiek kan worden en ook wordt toegelaten, aan beperkende maatregelen mag worden gebonden ook voor die gevallen waarin, en op die tijdstippen waarop het publiek geenen toegang heeft.

Afgezien van de motiveering is dus de aangevallene beslissing juist, en het middel van cassatie is ongegrond.

Ik concludeer mitsdien tot verwerping van het beroep.

Arrest H. R. van 22 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van J. J. v. d. B., caféhouder, oud 36 jaar, geboren te Maastricht, wonende te Roermond requirant van cassatie tegen een vonnis van den Kantonrechter te Roermond van den 23en Jan. 1901, waarbij

bij, met toepassing van art. 23 van het W. v. Sr., de artt. 214, 253 en volgende van het W. v. Sv., de artt. 1, 2, 5 en 8 der verordening betrekkelijk restaurants enz. te Roermond van 16 Oct. 1897, is schuldig verklaard aan: het te Roermond als houder eener inrichting waar men gelagen zet, van middernacht tot des morgens zes uur bezoekers daarin hebben, en te dier zake veroordeeld tot betaling van eene geldboete van één gulden en vervangende hechtenis voor den tijd van een dag;

Gehoord het verslag van den Raadsheer HANLO;

Gelet op het middel van cassatie, door den requirant voorgesteld bij memorie:

Schending door verkeerde toepassing van de artt. 1 2, 5 en 8 der verordening betrekkelijk restaurants. koffie en bierhuizen, tapperijen en dergelijke in de gemeente Roermond en met toepassing van art. 216 van het W. v. Sv.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Overwegende, dat den beklaagde (requirant) bij dagvaarding is ten laste gelegd: dat hij den 3en Dec. 1900 ten circa half vier ure des voormiddags te Roermond als houder eener inrichting, waarin men gelagen zet, daarin (in de localen G. S.) bezoekers aanwezig heeft laten zijn;

O., dat deze feiten en des requirants schuld daaraan bij het bestreden vonnis wettig en overtuigend bewezen zijn verklaard en gequalificeerd zooals boven is gezegd;

O. ambtshalve, dat in het bestreden vonnis wordt overwogen, dat het wettig en overtuigend bewijs van hetgeen den beklaagde bij de dagvaarding ten laste is gelegd, wordt geleverd onder andere door des rechters eigene wetenschap;

dat dus die eigene wetenschap des rechters is ge-

bezigd als bewijsmiddel van het feit en des beklaagden schuld daaraan;

dat, blijkens de vierde overweging, hetgeen den rechter uit eigen wetenschap bekend is hierin bestaat: dat de groote societeit op het Munsterplein en op den hoek der St.-Christoffelstraat te Roermond de bovenlocaliteiten der eerste verdieping verhuurd heeft aan de vereeniging G. S., die deze localiteiten nu eens aan particuliere of andere vereenigingen verhuurt, dan weder zelve gebruikt tot het houden van private feesten of van publieke vermakelijkheden tegen entreé;

dat die bekendheid verder betreft de wijze, waarop de oegangsdeuren tot de localen der vereeniging G. S. en tot die der groote societeit zijn geplaatst en hoe de localen zijn ingericht;

dat ze wijders omvat, dat de beklaagde zelf herberg houdt, dat hij is kastelein der societeit en ook in de localen der vereeniging voor de consumtie zorgt en daarvoor van den consument geldelijke vergoeding ontvangt en dat de localen der groote societeit en der herberg van beklaagde binnenshuis gemeenschap hebben met de localen der vereeniging G. S.;

O., dat derhalve de eigen wetenschap des rechters hier betreft feiten en feitelijke toestanden, die niet van zoodanigen aard zijn, dat de rechter geacht zou moeten worden daarmede bekend te zijn;

O. nu, dat het bestaan van zoodanige feiten en toestanden niet kan aangenomen worden op grond van des rechters eigen wetenschap, maar alleen kan bewezen worden door de eenige wettige bewijsmiddelen in art. 392 van het W. v. Sv. omschreven;

O., dat de Kantonrechter door in strijd hiermede een veroordeelend vonnis uit te spreken, dat vonnis niet behoorlijk met redenen heeft omkleed en daardoor

gezegd art., in verband met de artt. 211, 221, 223 en 253 van het W. v. Sv. heeft geschonden, zoodat het vernietigd behoort te worden en het daardoor overbodig wordt het door den req. voorgestelde cassatiemiddel te onderzoeken;

Vernietigt het vonnis door den Kantonrechter te Roermond op 23 Jan. 1901 in deze zaak gewezen;

Gezien art. 106 der Wet op de R. O.;

Verwijst de zaak naar de Arr.-Rechtb. te Roermond, ten einde op de bestaande dagvaarding opnieuw te worden berecht en afgedaan.

§ 91.

ONTVANKELIJKHEID IN CASSATIE. — VRIJSPRAAK—ERFPACHT.

De hier gegeven vrijspraak is in het wezen der zaak een ontslag van rechtsvervolging, waartegen het ingestelde beroep in cassatie is ontvankelijk.

Uit geen wetsbepalng in den titel van het erfpachtsrecht, en in het bijzonder niet uit de bepalingen der artt. 767 *en* 772 *B. W. volgt, dat de erfpachter eigenaar wordt van de door hem op de in erfpacht uitgegeven gronden gestichte gebouwen.*

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Art. 349 der Algemeene politieverordening van Amsterdam verbiedt o. a. den eigenaren, vruchtgebruikers en administrateurs van nieuw gebouwde perceelen deze in gebruik te stellen binnen 14 dagen nadat door hen aan Burgemeester en Welhouders is kennis gegeven dat de bouw voltooid is.

Wegens overtreding van deze bepaling gedagvaard, is de gerequireerde in de onderhavige zaak door den rechter in het vierde Kanton van Amster-

dam bij een in hooger beroep bevestigd vonnis vrijgesproken op grond, dat niet bewezen is dat hij is, wat de dagvaarding noemt eigenaar van de huizen door hem gebouwd op grond, dien hij van de gemeente Amsterdam in erfpacht heeft verkregen, terwijl beslist is dat de hem in de dagvaarding subsidiair toegeschrevene hoedanigheid van trekker van de vruchten der huizen hem niet kan brengen onder het bereik der verordening.

Tegen deze laatste beslissing is geene grief ingebracht, te recht nu de verordening van de verplichtingen der vruchtgebruikers spreekt en de gerequireerde geen vruchtgebruikers is.

Maar de eerste beslissing gaf den officier van justitie te Amsterdam aanleiding tot het instellen van beroep in cassatie, en het voorstellen van het volgende cassatiemiddel: schending van de artt. 349 en 360 der algemeene politieverordening van Amsterdam, vastgesteld door den Raad der gemeente den 5 Februari 1897 en afgekondigd den 25 Febr. daaraanvolgende door niet toepassing daarvan in verband met de artikelen 214 jo 257 van het Wetboek van Stratv.

De vrijspraak van den gerequireerde berust hierop dat naar de wet, hij die grond in erfpacht heeft verkregen niet de eigenaar is van hetgeen hij daarop bouwt, en dat in casu geen eigendom is verkregen op grond van de bijzondere bepalingen van het erfpachtscontract. Het tweede gedeelte dezer beslissing, als betreffende den inhoud eener overeenkomst, is aan onderzoek in cassatie niet onderworpen.

Blijft over het eerste deel, waaromtrent in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het beroep in verband met het feit dat er eene vrijspraak gevallen is, onderzocht moet worden.

Die vrijspraak berust in zooverre uitsluitend op de rechtskundige beschouwing van den eigendom van hetgeen op den in erfpacht uitgegevenen grond gebouwd is, raakt dus niet een feitelijk element der overtreding, het beroep is daarom volgens de vaste jurisprudentie van den Hoogen Raad (zie arresten van 30 Nov. 1896, W. 6891, 3 Jan. 1898, W. 7066, 28 Nov. 1898, W. 7268, 4 April 1899, NRspr. 181, § 53 en 12 Juni 1899, NRspr. 182, § 25) ontvankelijk.

De Kantonrechter overweegt immers dat, volgens de artt. 626 en 656 Burg. Wetb. de eigenaar van den grond door natrekking eigenaar is van hetgeen daarop is gebouwd, zelfs volgens art. 658 van hetgeen door een ander met eigene bouwstoffen er op is opgericht, dat, al wordt aangenomen dat eerstgenoemde artikelen niet zijn van openbare orde, het wettelijk vermoeden dat zij scheppen toch alleen door andere wetsbepalingen (behoudens de hier nu niet meer ter zake doende contractueele bedingen) kan worden opgeheven, hoedanige bepaling voor de gebouwen door den erfpachter opgericht, niet is geschreven.

Tegen deze beslissing is nu ook het cassatiemiddel gericht.

De vraag of de regel van art. 626 en 656 Burg. Wetb. zoo absoluut moet gelden dat hij bij bepaalde verhoudingen geene uitzondering kan lijden is niet nieuw: reeds bij het in de memorie van cassatie aangehaalde arrest van 20 December 1867 (Wbl. 2963) beantwoordde de Hooge Raad haar, juist met betrekking tot het door den erfpachter gebouwde, ontkennend.

Het komt mij voor dat de genoemde artikelen niet een voor alle gevallen geldend beginsel uitspreken.

Immers overal worden beperkingen of uitzonderingen aangetroffen.

Al aanstonds in art. 658 en 659 wordt bepaald omtrent hetgeen iemand met zijne eigene bouwstoffen op eens anders grond gebouwd heeft, niet dat die ander eigenaar is, maar dat hij, nu eenmaal op zijnen grond gebouwd is, vorderen kan dat het wordt weggenomen of wel dat het er blijft, maar dan tegen vergoeding zijnerzijds, en het eerste zelfs niet tegen den bezitter te goeder trouw.

Bij het recht van opstal wordt in art. 762 uitdrukkelijk gezegd, dat de grondeigenaar eerst bij het eindigen van het recht in den eigendom van den opstal treedt.

Van erfpacht geldt, dat dit is een zakelijk recht om het volle genot te hebben van een aan een ander toebehoorend goed. Welk is dan — gesteld dat art. 656 ook hier van toepassing is — het recht van den erfpachter op hetgeen hij op den in erfpacht uitgegevenen grond gebouwd heeft? Geen eigendom, ook geen erfpacht, immers de gebouwen zijn niet in erfpacht uitgegeven. Er blijft dan geen recht over, en de consequentie van toekenning van eigendom aan den eigenaar van den grond zou zijn toekenning van het volle genot.

En volgens art. 772 mag de erfpachter weder wegnemen al wat hij, buiten contractueele verplichting op den grond heeft gebouwd. Men beschouwe den toestand dus wel; de erfpachter mag afbreken gebouwen die eigendom zijn van een ander, zeker eene nieuwe wijze van eigendomsverlies.

En in art. 773 staat dat de erfpachter niet mag vorderen vergoeding voor hetgeen hij laat staan, eene bepaling die waarlijk niet noodig was indien het goed reeds eigendom was van den eigenaar van den grond.

De artt. 626 en 656 zijn daarom m. i. alleen geschreven eensdeels voor het geval dat de oorsprong van het gebouwde niet is aan te wijzen, als wanneer het wettelijke vermoeden geldt van eigendom van gronden

gebouw in ééne hand, anderdeels tot verzekering van het recht op hetgeen door hem die tijdelijk aanspraak op het gebruik van den grond had, is achtergelaten, welk recht op geene andere wijze van eigendomsverkrijging dan natrekking kan berusten.

Ook al wil men niet met den req. aannemen, dat in de Amsterdamsche verordening, gemaakt kort nadat de Algemeene Voorwaarden voor uitgifte van gemeentegrond in erfpacht waren vastgesteld, onder eigenaars ook begrepen zijn zij, die krachtens zakelijk recht op den grond gebouwen hebben gesteld — eene opvatting die mij voorkomt met de besliste en beperkte woordenkeus der verordening niet te strooken — moet dus art. 349 der verordening toch in casu toepasselijk geacht worden, omdat de gerequireerde in werkelijkheid eigenaar van de in de dagvaarding bedoelde gebouwen is.

Onder opmerking dat het in gebruik nemen van vijf gedeelten van huizen is telast gelegd, doch dat twee daarvan tot hetzelfde perceel behooren en dus, daar het laten gebruiken van een perceel overtreding oplevert, de ingebruikstelling van het tweede gedeelte geene afzonderlijke overtreding kan opleveren, en voorts dat ik geene gegevens vind voor het aannemen van voortgezette handeling, concludeer ik tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep, en veroordeeling van den gerequireerde, met toepassing van de artt. 349 en 360 der Algemeene Politieverordening van Amsterdam, en 23 van het Wetb. van Strafr., in vier geldboeten van ƒ10.—, bij wanbetaling te vervangen elke boete door hechtenis van drie dagen, en zulks wegens het te Amsterdam als eigenaar van vier nieuw gebouwde perceelen, deze laten gebruiken binnen veertien dagen, nadat door hem aan Burgemeester en Wethouders is kennis gegeven, dat de bouw voltooid is.

Arrest H. R. van 22 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Off. v. Just. bij de Arr. Rechtbank te Amsterdam, requirant van cassatie tegen een vonnis van voormelde Rechtbank van den 25en Jan. 1901, waarbij, op het door den Ambtenaar van het O. M. bij het Kantongerecht te Amsterdam ingesteld hooger beroep, werd bevestigd het vonnis van den rechter in het vierde kanton te Amsterdam van den 16 Aug. 1900, en wel voor zoover bij dat vonnis de gerequireerde J. F., oud 49 jaren, van beroep metselaar, geboren te Medemblik en wonende te Amsterdam, werd vrijgesproken van het hem bij dagvaarding primair ten laste gelegde;

Gehoord het verslag van den Raadsheer JHR. VAN TEIJLINGEN;

Gelet op het middel van cassatie, door den requirant voorgesteld bij memorie:

Schending, door niet toepassing van de artt. 349 en 360 van de Algemeene Politieverordening van Amsterdam, in verband met de artt. 214 jcto 257 van het W. v. Sv.;

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Ten aanzien van de ontvankelijkheid der voorziening:

Overwegende, dat de gerequireerde primair heeft terechtgestaan ter zake, dat hij, na op 1 Juni 1900 aan Burgemeester en Wethouders van Amsterdam te hebben kennis gegeven, dat de bouw van eenige aan de Jacob Catskade aldaar nieuw gebouwde perceelen, waarvan hij eigenaar was, voltooid was, reeds binnen veertien dagen daarna een of meer gedeelten van sommige dier perceelen heeft laten gebruiken en wel op vijf verschillende tijdstippen door vijf verschillende

gezinnen in vier perceelen, een en ander nader in de dagvaarding omschreven;

O., dat de Kantonrechter in het door de Rechtbank bevestigde vonnis heeft overwogen, dat het primair ten laste gelegde door de in het vonnis opgenoemde bewijsmiddelen in zijn geheel — evenals het subsidiair ten laste gelegde — is bewezen, indien beklaagde blijkt eigenaar te zijn van de door hem op in erfpacht verleenden grond gebouwde opstallen, waaruit volgt, dat de Kantonrechter als feitelijk vaststaande aanneemt, dat de gerequireerde den grond, waarop de gebouwen staan, in erfpacht heeft ontvangen en dat hij de gebouwen zelf op dien grond heeft gesticht;

dat nu de slotsom, waartoe de Kantonrechter is gekomen namelijk, dat van het primair ten laste gelegde niet bewezen is, dat beklaagde was eigenaar van de bij dagvaarding vermelde perceelen, zoodat hij van dit feit moet worden vrijgesproken, blijkens de daaraan voorafgaande overwegingen, steunt op het betoog, dat alleen dán aan den erfpachter van den grond de eigendom der gebouwen kan toekomen, indien zulks of uit eenige uitdrukkelijke wetsbepaling omtrent erfpacht of uit eenige uitdrukkelijke bepaling van het erfpachtscontract mocht blijken, terwijl noch het een noch het ander hier het geval zou zijn;

dat hieruit volgt, dat de in het bevestigde vonnis gegeven vrijspraak niet berust op het niet bewezen zijn van feitelijke, voor het bestaan der overtreding onmisbare, omstandigheden, maar op rechtskundige beschouwingen omtrent den aard en de gevolgen van het zakelijk recht van erfpacht, waaruit zoude voortvloeien, dat hetgeen feitelijk is gebleken ingevolge de wet niet kan leiden tot hetgeen in de dagvaarding is gesteld;

O., dat de gegeven vrijspraak dus in het wezen der

zaak is een ontslag van rechtsvervolging, en het beroep in cassatie mitsdien is ontvankelijk;

Ten aanzien van de gegrondheid van het beroep:

O., dat art. 349 der Algemeene Politieverordening voor Amsterdam aldus luidt:

„Het is aan eigenaars, vruchtgebruikers of admi„nistrateurs verboden, een nieuw gebouwd of verbouwd „perceel of perceelsgedeelte te gebruiken of te laten „gebruiken: 1° indien niet door hen aan B. en W. „kennis is gegeven, dat de bouw of verbouw voltooid „is, en 14 dagen na die kennisgeving zijn verloopen;

„2o" enz.

O., dat de Kantonrechter, in het bevestigde vonnis de gronden uiteenzettende, waarop zijne beslissing steunt, dat uit eene uitdrukkelijke wetsbepaling omtrent erfpacht niet blijkt, dat de gerequireerde eigenaar is der door hem op den in erfpacht uitgegeven grond gestelde gebouwen, overweegt, „dat wel bij art. 772 „van het Burgerlijk Wetboek den erfpachter de be„voegdheid wordt gegeven bij het eindigen van zijn „recht weg te nemen al zoodanige door hem gestelde „gebouwen, waartoe hij uit kracht der overeenkomst „niet gehouden was, en dus over dergelijke gebou„wen den erfpachter een zoodanig recht van beschik„king wordt gegeven, dat vrij wel met het eigen„domsrecht overeenkomt, maar hier voormeld artikel „geen toepassing kan vinden, nu het niet alleen twijfel„achtig is of hier de erfpachter niet tot het stellen van ge„bouwen gelijk hij deed, verplicht was, maar daarenboven „bij artikel 3 der ter terechtzitting voorgelezen voor„waarden (waarop door de gemeente Amsterdam gron„den in erfpacht kunnen worden uitgegeven) uitdruk-

„kelijk is bepaald: „de erfpachter mag de op den „grond bij den aanvang van zijn recht aanwezige of „daarop later gebouwde opstallen noch geheel noch „gedeeltelijk sloopen zonder schriftelijke vergunning „van Burgemeester en Wethouders";

O., dat hiertegen het cassatiemiddel voornamelijk is gericht en wordt betoogd, dat ingevolge de feitelijke beslissing — implicite in bovenvermelde woorden van het vonnis vervat — dat, volgens de aan de onderwerpelijke erfpacht ten grond liggende overeenkomst, gerequireerde als erfpachter tot het stellen van de gebouwen niet uitdrukkelijk is gehouden, de eigendom en de vrije beschikking aan den erfpachter behoort; dat de Kantonrechter dus ten onrechte heeft beslist, dat gerequireerde niet was de eigenaar van de in de dagvaarding bedoelde perceelen en laatstgenoemde daarentegen had moeten zijn aansprakelijk gesteld voor de overtreding van art. 349 der Politieverordening en veroordeeld tot de daarbij in art. 360 gestelde straf;

O. hieromtrent:

dat uit geene wetsbepaling in den titel van het erfpachtsrecht, en in het bijzonder niet uit de bepaling der artt. 767 en 772 van het B. W. voortvloeit, dat de erfpachter eigenaar wordt van de door hem gestichte gebouwen;

dat in laatstgenoemd artikel den erfpachter wel de bevoegdheid wordt gegeven, bij het eindigen van zijn recht weg te nemen de door hem gestelde gebouwen en gemaakte beplantingen, waartoe hij, uit kracht der overeenkomst niet gehouden was, doch dat hierin slechts kan gezien worden een maatregel van billijkheid tegenover den erfpachter en ten einde te voorkomen, dat de eigenaar zich onrechtmatig ten koste

van laatstgenoemde zou verrijken, niet, dat daaruit zoude voortvloeien een aan den erfpachter toekomend door de wet erkend recht van eigendom der bedoelde gebouwen of beplantingen;

dat de beslissing, dat uit eene uitdrukkelijke wetsbepaling omtrent erfpacht niet blijkt, dat de gerequireerde eigenaar is der door hem op den in erfpacht uitgegeven grond gestelde gebouwen, mitsdien is juist en het daartegen gerichte cassatiemiddel is ongegrond;

O., dat, voor zoover het middel is gericht tegen de in het bevestigde vonnis voorkomende beslissing, dat van een recht van eigendom aan den erfpachter toekomende krachtens uitdrukkelijke bepaling van het erfpachtscontract niet gebleken is, deze beslissing, op de uitlegging van het contract berustende, is van feitelijken aard en aan het oordeel van den rechter in cassatie onttrokken;

Verwerpt het beroep.

§ 92.

AUTHENTIEKE AKTE.

De schriftelijke verklaring van Burgemeester en Wethouders eener gemeente, dat door hen ten behoeve van niemand eene vergunning tot verkoop van sterken drank in het klein voor een bepaald aangewezen perceel in de gemeente is verleend, is eene authentieke akte.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Bij eene vervolging van J. S. ter zake van toedienen van sterken drank in het klein in eene voor het publiek toegankelijke localiteit waarvoor geene

desbetreffende vergunning was verleend, heeft de Ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij het Kantongerecht no. 2 te Amsterdam als bewijsmiddel voor het gemis van vergunning willen doen dienen eene verklaring van het College van Burgemeester en Wethouders, geteekend door hunnen voorzitter en den secretaris, en houdende dat de bedoelde vergunning niet is verleend. Bij een in appel bevestigd vonnis heeft de Kantonrechter den beklaagde vrijgesproken op grond, dat de overgelegde verklaring het bewijs van gemis van vergunning niet kan leveren; zij zou dit alleen kunnen doen wanneer zij als authentieke akte beschouwd kon worden, wat niet het geval is, daar wel (zooals het vonnis zegt) aan Burgemeester en Wethouders door de Drankwet is opgedragen op aanvragen om vergunning tot verkoop van sterken drank in het klein eene beschikking te geven, en alzoo dergelijke beschikkingen zouden zijn te beschouwen als authentieke akten, maar uit geene enkele wettige (wettelijke) bepaling volgt de bevoegdheid van Burgemeester en Wethouders om bij akte te constateeren dat geene zoodanige vergunning is verleend.

Aan Burgemeester en Wethouders is opgedragen het verleenen en het weigeren van vergunningen. Uit den aard der zaak is daaraan verbonden het doen blijken van hunne handelingen betreffende dit onderwerp, zooals in het algemeen het doen blijken, voor ambtelijke handelingen het noodzakelijke aanhangsel van het verrichten van die handelingen is.

Toegepast op het onderwerp der vergunningen wil dit zeggen dat Burgemeester en Wethouders, besluitende eene vergunning te verleenen, beginnen met daaromtrent een bewijsstuk op te maken dat gewoonlijk, ook in art. 13, 1e lid der Drankwet, de vergunning

genoemd wordt, maar inderdaad niet meer is dan een stuk waaruit blijkt van het bestaan der vergunning die op zich zelve iets immaterieels is.

Nu is er geene reden waarom het in art. 13 bedoelde afschrift van het besluit, waarbij de vergunning verleend is meer eene authentieke akte zou zijn dan eene verklaring door Burgemeester en Wethouders zelf afgegeven, en betrekking hebbende op het feit dat vergunning verleend is. Noemde art. 13 niet bepaaldelijk het afschrift eene verklaring betreffende het verleenen en de voorwaarden van de vergunning zou volkomen gelijke diensten bewijzen en geheel in dezelfde lijn van ambtelijke bevoegdheid liggen.

Kunnen Burgemeester en Wethouders dan authentieke verklaringen omtrent hunne handelingen afleggen, dan zijn zij eo ipso bevoegd tot het afleggen van negatieve verklaringen, houdende dat zij eene aangewezene, binnen hunne ambtskring liggende handeling niet hebben verricht.

Kan dus al geene wetsbepaling worden aangewezen die uitdrukkelijk het afleggen van de hier bedoelde verklaringen voorschrijft, de bevoegdheid er toe volgt uit de wettelijke opdracht van bemoeiingen ten aanzien van de vergunningen.

Reeds in 1841 bij een arrest van 6 April (Rspr. 10 §78) besliste de Hooge Raad in gelijken geest door als authentieke akte te erkennen de verklaring van Gouverneur en Gedeputeerde Staten, houdende dat zekere persoon zich niet voor de nationale militie had doen inschrijven.

Het is op grond van het aangevoerde dat ik requireer de cassatie in het belang der wet van het op 25 Jan. 1901 door de Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam gewezen vonnis, in hooger beroep bevestigende

een vonnis van den Kantonrechter in het tweede kanton van Amsterdam van 22 November 1900 in de zaak van den Ambtenaar van het Openbaar Ministerie tegen J. S., als middel van cassatie stellende: Schending van art. 400 Wetb. van Strafv. en art. 1905 Burgerlijk Wetb. in verband met de artt. 1 en 5 der wet van 28 Juni 1881, Stbl. 97, gewijzigd bij die van 28 April 1884, Stbl. 54 en 16 April 1885, Stbl. 78.

Arrest H. R. van 22 April 1901 :

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van den Proc.-Gen. bij den H. R. der Ned., requirant van cassatie in het belang der wet tegen een vonnis van de Arr. Rechtb. te Amsterdam van den 25en Jan. 1901, waarbij is bevestigd het vonnis van den rechter in het tweede kanton in het arrondissement Amsterdam van 22 November 1900, bij hetwelk J. S., oud 54 jaren, van beroep werkman, geboren en wonende te Amsterdam, is vrijgesproken van de telastlegging dat hij op 7 Juni 1900 te Amsterdam in het voor het publiek toegankelijk lokaal van perceel Eerste Jan van der Heijdenstraat 66, waarin een bierhuis werd gehouden ,doch waarvoor geene vergunning was verleend tot den verkoop van sterken drank in het klein, aan A. R., althans aan een daar aanwezig persoon, een glaasje jenever met elixer, althans een glaasje sterken drank, heeft toegediend;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Eyssell;

Gelet op het middel, namens den requirant voorgesteld bij na te noemen requisitoir, luidende:

Schending van art. 400 van het W. v. Sv. en art. 1905 van het B. W., in verband met de artt. 1 en 5 der wet van 28 Juni 1881 (Stbl. no. 97), gewijzigd bij die van 23 April 1884 (Stbl. no. 54) en 16 April 1885 (Stbl. no. 78);

Gehoord den Adv.-Gen. NOYON, namens den Proc.-Gen., in zijn requisitoir tot enz.;

Overwegende, dat, blijkens het bestreden vonnis, bij het vonnis van den Kantonrechter is beslist, dat niet wettig en overtuigend bewezen is he bestanddeel van voorschreven telastgelegde feit, dat geene vergunning is verleend tot verkoop van sterken drank in het klein in het genoemde perceel; dat dit wel wordt geconstateerd in eene verklaring van Burgemeester en Wethouders van Amsterdam (ter terechtzitting van het Kantongerecht voorgelezen en woordelijk door de Rechtbank aangehaald), doch die verklaring niet is eene anthentieke akte, en dus bewijskracht mist; dat in hooger beroep de Rechtbank met den Kantonrechter van oordeel is geweest, dat uit geene enkele bepaling der wet volgt, dat Burgemeester en Wethouders de bevoegdheid hebben om bij akte te constateeren, dat geene zoodanige vergunning is verleend en dus de overgelegde verklaring niet als eene authentieke akte is te beschouwen, waarom het vonnis in eersten aanleg met overneming der gronden is bevestigd; dat tegen deze beslissing het voorgestelde cassatiemiddel is gericht;

O., dat voorzegde verklaring luidt:

„Burgemeester en Wethouders der gemeente Amsterdam verklaren, dat door hen tot op heden geene vergunning is verleend tot het verkoopen, toedienen of ten verkoop in voorraad hebben van sterken drank in het klein voor het perceel n°. 66 in de 1e Jan van der Heijdenstraat aldaar, hetzij aan J. S. Jr. hetzij aan J. S. Sr. of iemand anders. Amsterdam den 12 Nov. 1900 (geteekend) De Burgemeester M. De Secretaris L. J.

dat de motiveering van voorschreven beslissing door den Kantonrechter hierop nederkomt, dat aan Burge-

meester en Wethouders bij de Drankwet alleen is opgedragen, op aanvragen om vergunning tot verkoop van sterken drank in het klein eene beschikking te geven, dat alzoo dergelijke beschikkingen zouden zijn te beschouwen als authentieke akten, maar hun de bevoegdheid om bij akte het niet verleenen van zulk eene vergunning te constateeren nergens gegeven is;

O., dat, blijkens den ganschen inhoud der Drankwet, de wetgever de regeling van den kleinhandel in sterken drank tot een onderwerp van zijne bemoeiingen makende, de nadere uitvoering en handhaving van zijne regeling heeft gemaakt tot gemeentezorg ; dat hij, als hoofdbepaling der wet bij haar art. 1 de bevoegdheid tot verkoop van sterken drank in het klein afhankelijk stellende van eene vooraf verleende vergunning, het verleenen van die vergunning heeft opgedragen aan het dagelijksch bestuur der gemeente, Burgemeester en Wethouders, welk college ingevolge het laatste lid van art. 5 op de daartoe strekkende aanvraag eene schriftelijke beschikking heeft te nemen ;

dat uit het voorschrift van art. 13 omtrent het ophangen van een door den gemeente-secretaris gewaarmerkt afschrift der vergunning in de drankinrichting, volgt, dat het in schrift gestelde vergunningsbesluit zelf door Burgemeester en Wethouders niet uit handen gegeven wordt ;

dat dit laatste alsnu medebrengt, dat deze oorspronkelijke akten van beschikking, door den Kantonrechter en de Rechtbank te recht als authentieke akten aangemerkt, deel worden van het bij art. 103 der Gemeentewet bedoelde archief en onder bewaring komen van den secretaris der gemeente, ingevolge de beide voorafgaande artt. tevens secretaris van Burgemeester en Wethouders en mede-onderteekenaar hun-

ner besluiten; dat deze gevolgtrekking wordt bevestigd door de opdracht in art. 13 der Drankwet aan den secretaris om de uit te reiken afschriften te waarmerken;

dat wanneer alzoo wordt verleden eene authentieke akte, zoo dikwijls op een verzoek om vergunning wordt beschikt en deze akten worden verzameld in een publiekrechtelijk archief, daardoor geopend wordt de gelegenheid om ambtelijk vast te stellen of in de gemeente al dan niet eene vergunning voor zekere localiteit aan zekere personen is verleend;

O., dat wanneer, zooals naar het voren overwogene geldt van de Drankwet, aan een publiekrechtelijk college ambtelijk is opgedragen het uitvoeren van eene wet op de uitoefening van zeker bedrijf en het daaromtrent opmaken van authentieke akten, waarvan een officieel afschrift verstrekt moet worden aan den uitoefenaar van dit bedrijf en waarvan het oorspronkelijke deel uitmaakt van een archief, toevertrouwd aan den secretaris van het beschikkende bestuur, de op deze wijze en met zoodanige gevolgen verstrekte opdracht moet geacht worden ook te bevatten eene opdracht aan zoodanig college om schriftelijk te doen blijken of eene ingevolge de wet te nemen beschikking al dan niet genomen en in schrift gesteld is;

O., dat dus door het beklaagde vonnis ten onrechte aan zoodanige verklaring authenticiteit en bewijskracht is ontzegd, zoodat het voorgestelde middel is gegrond;

Recht doende:

Gezien art. 98 der Wet op de R. O.;

Vernietigt het beklaagde vonnis, doch alleen in het belang der wet.

§ 93.

VERZEGELING. — ONTZEGELING.

Voor eene herhaalde verzegeling is in deze zaak geen wettige grond aangevoerd, en door de bevestiging van de weigering van het daartoe strekkend verzoek is de wet dus niet geschonden.

Request:

Aan den H. R. der Ned.

Geeft eerbiedig te kennen:

J. H., B. wonende te New-York in Amerika, ten deze domicilie kiezende te 's-Gravenhage, ten kantore van Mr. J. P. d. M., adv. en proc. bij den H. R. der Ned. aan het Buitenhof N°. 21 aldaar, die den requestrant ten deze vertegenwoordigt;

dat hij zich op 1 Febr. 1901 door tusschenkomst van zijnen gemachtigde A. B., notarisklerk, wonende te Maastricht, heeft gewend tot den heer Kantonrechter te Maastricht, met verzoek om over te gaan tot de verzegeling der goederen, gelden en papieren, behoorende zoowel tot de gemeenschap van goederen, bestaan hebbende tusschen zijne ouders A. M. Th. M., overleden te Rothem-Meerssen op 19 Aug. 1900 en N. B. wonende aldaar, als tot de nalatenschap van voornoemde overledene, daarbij tevens verzet doende en protesteerende tegen de deugdelijkheid en de volledigheid van de reeds plaats gehad hebbende verzegeling, ontzegeling en inventarisatie;

dat de heer Kantonrechter voornoemd, bij beschikking dd. 5 Febr. 1901, dit verzoek heeft afgewezen op grond, dat requestrant bij de vorenbedoelde opheffing der zegels en beschrijving van den vorenbedoelden boedel en de goederen tot de vorenbedoelde

nalatenschap behoorende, behoorlijk vertegenwoordigd is geweest en alzoo voor hem, geene gronden aanwezig zijn om nogmaals eene verzegeling van diezelfde nalatenschap te vorderen, vermits bij de reeds plaats gehad hebbende ontzegeling op 7 Jan. 1901, voor requestrant, als zijnde niet metterwoon binnen het Arr. Maastricht gevestigd, krachtens art. 672 al. 3 van het W. v. B. R., een vertrouwd persoon is benoemd, om hem bij de opheffing der zegels en de beschrijving des boedels te vertegenwoordigen;

dat requestrant, als zich met die beslissing des Kantonrechters bezwaard gevoelende, daarvan op 12 Febr. 1901 in hooger beroep is gekomen bij de Arr.-Rechtb. te Maastricht, doch deze laatste de beschikking van den heer Kantonrechter voornoemd bij vonnis van 21 Febr. 1901 heeft bevestigd;

dat de genoemde Rechtbank hare beslissing hierop heeft gegrond: dat art. 677 van het W. v. B. R. bepaalt, dat, ingeval de reden der verzegeling vervalt eer de ontzegeling is geschied of terwijl deze geschiedt, de zegels ineens worden opgeheven en de verdere tegenwoordigheid van den Kantonrechter bij de boedelbeschrijving zoo deze gedaan mocht worden, ophoudt; dat, vermits de verzegeling was bevolen op grond dat afwezige erfgenamen geroepen waren tot de nalatenschap der voornoemde erflaatster, die reden der verzegeling kwam te vervallen, toen de ingevolge art. 672, 3e van het W. v. B. R. door den Kantonrechter benoemde vertrouwde persoon bij de ontzegeling op 7 Jan. 1901 tegenwoordig was en derhalve de zegels ineens mochten worden opgeheven; en daarenboven, dat na plaats gehad hebbende verzegeling en ontzegeling tot de inventarisatie der nalatenschap van voornoemde erflaatster, door den, door denKantonrechter benoemden

Notaris in tegenwoordigheid van den vertrouwden persoon is overgegaan, waaruit volgt, dat, al moet men aannemen dat de ontzegeling niet ineens maar naar gelang der boedelbeschrijving had behooren te geschieden, dan nog het thans door den requestrant gedaan verzoek als doelloos zoude moeten worden aangemerkt en door hem geene bepaalde feiten en daadzaken worden gesteld waaruit zoude volgen dat bij de plaats gehad hebbende verzegeling, ontzegeling en inventarisatie zijne belangen zouden zijn verwaarloosd of hij in zijne rechten zoude zijn benadeeld;

dat requestrant, zich ook met die beslissing der Arr.-Rechtb. te Maastricht en de gronden waarop zij steunt, in geenen deele kunnende vereenigen, daarvan en van de daarbij bevestigde beschikking van den heer Kantonrechter voornoemd, bij deze beroep in cassatie instelt bij uwen Raad, daartegen aanvoerende als middel van cassatie.

Schending van de artt. 658, 659, 660, 667, 668, 672, 673, 676, 677, 679 en 680 van het W. v. B. R.; en van art. 519 van het B. W., door te beslissen als bovengemeld;

dat requestrant tot ondersteuning van dat middel het navolgende wenscht aan te voeren:

dat ten deze, onder meer, feitelijk vaststaat, dat de eenige reden der op 2 Jan. 1901 plaats gehad hebbende verzegeling deze is geweest, dat afwezige erfgenamen waren geroepen tot de voormelde nalatenschap en dat ten tijde van de vorengemelde op 7 Jan. 1901 plaats gehad hebbende ontzegeling, die afwezige erfgenamen, nl. de requestrant J. H. B. diens broeder J. B. en diens zuster M. O. B., echtgenoote v. H., nog steeds afwezig waren, en bij die ontzegeling noch persoonlijk, noch door eene gemachtigde zijn tegenwoordig geweest;

alsmede: dat bij die ontzegeling de zegels door den Kantonrechter in eens zijn opgeheven geworden op grond, dat de reden tot verzegeling toen naar des Kantonrechters oordeel vervallen was en dat de Kantonrechter zich daarna onmiddellijk heeft verwijderd;

dat bij die ontzegeling weliswaar mede is verschenen geweest J. W. D. candidaat-notaris, wonende te Meerssen, handelende als vertrouwd persoon, door den Kantonrechter ingevolge de bepaling van art. 672 sub 3e van het W. v. B. R. benoemd om de buiten het Arr. Maastricht wonende erfgenamen en verdere belanghebbenden bij de opheffing der zegels en de beschrijving des boedels te vertegenwoordigen, doch de reden der verzegeling daardoor nog niet was vervallen en de zegels dus niet ineens, maar alleen naargelang eener boedelbeschrijving, die in deze bij de opheffing had moeten plaats hebben in tegenwoordigheid van den Kantonrechter, hadden mogen worden opgeheven;

dat toch een afwezige erfgenaam niet kan gezegd worden niet meer afwezig te zijn enkel en alleen door de benoeming van een vertrouwden persoon als bedoeld bij art. 672 sub 3e van het W. v. B. R., doch zoodanige erfgenaam dan nog wel degelijk, zoowel feitelijk als rechtens, afwezig is, gelijk ook reeds uit de bewoordingen van art. 672 sub 3e van het W. v. B. R., „om hen, bij hunne afwezigheid, te vertegenwoordigen" valt af te leiden;

dat, bij eene tegenovergestelde opvatting, het voorschrift van art. 676 van het W. v. B. R. in geval er afwezige erfgenamen zijn, eene doode letter wordt, nimmer toepassing zoude kunnen vinden, vermits in zoodanig geval door den Kantonrechter steeds een Notaris of ander vertrouwd persoon moet worden gesteld, om de afwezige bij de opheffing der zegels en

bij de beschrijving des boedels te vertegenwoordigen, en dus bij die opheffing de zegels dan ook steeds in eens zouden kunnen worden opgeheven;

dat bovendien, ingeval de opvatting der Rechtbank juist ware, elke waarborg voor eene behoorlijke behartiging van de belangen der afwezige erfgenamen ten eenenmalen zoude ontbreken, omdat aan den Notaris of anderen vertrouwden persoon, die ingevolge het voorschrift van art. 672 sub 3e van het W. v. B. R. wordt benoemd, door de wet slechts eene uiterst beperkte taak is opgedragen (vgl. de PINTO, II, 2, § 490, sub 3e) nl. om den afwezige te vertegenwoordigen, d. i. te vervangen bij de opheffing der zegels en de beschrijving des boedels, doch zulke personen geenszins (het geen wel het geval is met den bewindvoerder bedoeld in art. 519 van het B. W.) de bevoegdheid hebben om, vóór, bij, of ná de ontzegeling, onmiddellijk eene boedelbeschrijving te vorderen, als niet in art. 679 van het W. v. B. R., noch elders, genoemd onder degenen die daartoe het recht hebben;

dat toch ook elders de wet, o. a. in de artt. 519 alinea 1 en 1117 alinea 1 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk onderscheidt: de bloote vertegenwoordiging en het opkomen voor de rechten van anderen; en dus ook hier met eene toekenning aan den vertrouwden persoon van het recht om bij eene eventueele boedelbeschrijving tegenwoordig te zijn, hem nog geenszins tevens het recht is gegeven om in het belang der afwezige erfgenamen eene boedelbeschrijving tijdig te vorderen;

dat dus, indien bij of na de ontzegeling „en bloc" de boedelbeschrijving voorloopig, of geheel, achterwege zoude blijven ten gevolge van verzuim of kwaad opzet der overige belanghebbenden, het met eene, al

dan niet ambtshalve verzegeling beoogd doel geheel zoude zijn verijdeld en de belangen en rechten der afwezige erfgenamen volslagen zouden zijn verwaarloosd en geschaad, ondanks de aanwezigheid van een vertrouwden persoon bij de opheffing der zegels;

dat de opvatting der Rechtbank dus zoude kunnen leiden tot algeheele verijdeling van het doel der verzegeling en tot voor de afwezige erfgenamen zeer nadeelige en door de wet zeker niet gewilde gevolgen;

dat toch ook zelfs de uitdrukkelijke aanwijzing van eenen specialen gemachtigde bij schriftelijke volmacht door den niet-tegenwoordigen erfgenaam, alléén en op zich zelf, nog niet voldoende is voor den Kantonrechter, ingevolge art. 660 alinea 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, om zich van ambtshalve verzegeling te onthouden, wijl alléén ingeval die gemachtigde zich tegen eene verzegeling *verzet*, de ambtshalve verzegeling achterwege behoort te blijven;

dat alzoo, ingeval de Kantonrechter op grond van niet verzet door den specialen gemachtigde van artikel 660 alinea 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ambtshalve tot verzegeling is overgegaan, eenerzijds dan voor den Kantonrechter geenerlei grond aanwezig is om overeenkomstig artikel 672 sub 3. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsv. eenen vertrouwden persoon te benoemen; doch anderzijds dan evenmin de reden van de legging der zegels is vervallen en dus ook in dat geval eene ontzegeling naar gelang der boedelbeschrijving behoort plaats te hebben;

dat het nu door den wetgever wel nimmer kan zijn bedoeld om, ingeval de afwezige erfgenaam uitdrukkelijk eenen door hem vertrouwden gemachtigde heeft aangewezen om hem in nalatenschappen

welke hem mochten te beurt vallen te vertegenwoordigen, bij zijne aanstelling allicht bekleed met meer macht dan de vertrouwde personen van art. 672 sub 3e van het Wetb. van Burg. Rechtsv. eene stuksgewijze ontzegeling naargelang der boedelbeschrijving voor te schrijven, doch dien eenigen waarborg voor eene behoorlijke behartiging en verzorging van de belangen en rechten van den afwezigen erfgenaam prijs te geven, ingeval bloot door den Kantonrechter voor den afwezige een willekeurig, den afwezige ten eenenmale onbekend en door dezen wellicht minder vertrouwd persoon, is aangesteld:

dat requestrant op die gronden van meening is, dat, naar luid van de als geschonden voorgedragen wetsartikelen, in geval van afwezigheid van erfgenamen volgens art. 519 van het Burgerlijk Wetboek, of ingeval eenigen hunner slechts buiten het arrondissement woonachtig zijn, de reden der verzegeling door de benoeming van eenen vertrouwden persoon volgens art. 672 sub 3e van het Wetboek van Burg. Rechtsv., geenszins komt te vervallen, de zegels niet ineens mogen worden opgeheven en de tegenwoordigheid van den Kantonrechter bij de boedelbeschrijving vereischt is (zie in gelijken zin: Mr. C. M. v. d. Kemp „Ontwikkeling voor het recht betrekkelijk de kantongerechten." Vierde druk bewerkt door Mr. v. d. Does de Willebois, blz. 633 en 634, en vgl. E. Garsonnet, deel 6, blz. 87, § 1255, sub 2o alsmede de aldaar in noot 11 aangehaalde schrijvers, omtrent, „la levée pur et simple");

dat, wat betreft de beslissing der Rechtbank, dat, al ware requestrant's hierboven ontvouwd gevoelen juist, dan nog het door hem gedaan verzoek als doelloos zoude moeten worden aangemerkt en door hem geen bepaalde

feiten en daadzaken zijn gesteld, waaruit zoude volgen dat bij de plaats gehad hebbende verzegeling, ontzegeling en inventarisatie zijne belangen zouden zijn verwaarloosd of hij in zijne rechten zoude zijn benadeeld, — requestrant zich veroorlooft daartegen alsnog het navolgende in te brengen:

dat, daargelaten nog dat bij te blijken gegrondheid van de redenen van requestrant's gedaan verzet en protest, eene nieuwe verzegeling, of beter eene deugdelijke en volledige verzegeling met daarop te volgen behoorlijke en volledige inventarisatie of aanvulling der laatste, uit den aard der zaak geenszins zonder doel kan worden genoemd en er dan wel degelijk van eene verwaarloozing zijner belangen of van benadeeling zijner rechten moet worden gesproken, — in ieder geval aan requestrant als erfgenaam, ingevolge de bepaling van art. 659 sub 1e van het W. v. B. R., nimmer het recht kan worden ontzegd om eene verzegeling te vorderen, al was die reeds vroeger door anderen gevorderd of wellicht reeds geschied en nog niet opgeheven, nu toch ook juist bij het diensvolgens door den Kantonrechter op te maken procesverbaal zou kunnen blijken of de vorige verzegeling deugdelijk en volledig is geweest (in welk geval de Kantonrechter zich zoude kunnen bepalen tot het constateeren daarvan) dàn wel of nog meerdere goederen daaronder behooren te worden begrepen;

dat echter ook door het feit alléén dat de requestrant bij de opheffing der zegels „en bloc" niet aanwezig was en de heer Kantonrechter bij de later plaats gehad hebbende boedelbeschrijving niet tegenwoordig is geweest en dus niet heeft kunnen waarnemen of alle zaken welke zich in de verzegelde secretaire hebben bevonden te voorschijn zijn gebracht en beschreven

zijn, requestrant bij de ontoereikendheid der bevoegdheden van den vertrouwden persoon die uit den aard der zaak ook met de belangen van den afwezige minder vertrouwd en bekend is dan deze zelf, gezegd moet worden in zijne belangen en rechten benadeeld te zijn geweest;

dat dus alle de bij het middel aangehaalde wetsartikelen, bij de tweeledige beslissing der Rechtb. zijn geschonden;

Redenen waarom requestrant zich bij deze wendt tot Uwen Raad, met eerbiedig verzoek dat het den H. R. behage te vernietigen het bovenbedoeld vonnis op 21 Febr. 1901 door de Arrondissements-Rechtbank te Maastricht gewezen alsmede de daarbij bevestigde hierboven bedoelde beschikking van den heer Kantonrechter te Maastricht, den 5 Febr. bevorens gegeven, en opnieuw recht doende, alsnog te bevelen dat door den heer Kantonrechter voornoemd onverwijld zal worden overgegaan tot eene verzegeling van de goederen, gelden en papieren behoorende zoowel tot de gemeenschap van goederen, bestaan hebbende tusschen zijne voornoemde ouders, als tot de nalatenschap van zijne voornoemde overledene moeder, zoo noodig met bepaling van dag en uur, waarop deze zal behooren te geschieden, of anders zoodanige beschikkingen te geven als de H. R. zal vermeenen te behooren.

's Gravenhage, 27 Maart 1901.

't Welk doende enz.

(Geteekend). J. P. de M.

Advocaat.

Conclusie van den Proc.-Gen. POLIS:

De Proc.-Gen.,

Gezien vorenstaand verzoekschrift met bijlagen;

Overwegende dat vermits feitelijk vaststaat, dat de verzegeling was bevolen op grond van *afwezigheid van erfgenamen*, die reden van verzegeling niet kwam te vervallen toen de overeenkomstig art. 672, 3° Rv. door den Kantonrechter benoemde vertrouwde persoon bij de ontzegeling tegenwoordig was, maar die persoon *juist omdat de afwezigheid der erfgenamen voortbestond*, ter vertegenwoordiging van dezen bij de ontzegeling tegenwoordig was; dat die persoon, aangewezen om de afwezige erfgenamen te vertegenwoordigen, en dus dezer rechten bij de opheffing der zegels en beschrijving des boedels uit te oefenen, zich tegen de ontzegeling ineens had kunnen verzetten en naleving van art. 676 Rv. had kunnen vorderen, maar nu hij dit niet gedaan heeft, nu de afwezige erfgenamen, *door hunnen wettigen vertegenwoordiger bij de ontzegeling* met de opheffing der zegels *ineens* genoegen hebben genomen, zij zich niet kunnen beklagen, dat de ontzegeling op die wijze is geschied, en dus ook niet kunnen vorderen dat opnieuw verzegeling plaats hebbe ten einde tot ontzegeling op de wijze in art. 676 Rv. voorgeschreven te geraken.

Overwegende, dat dus het voorgestelde middel is ongegrond.

Concludeert tot verwerping van het beroep.

Parket 29 Maart 1901.

Beschikking van den H. R. van 25 April 1901:

De Hooge Raad der Ned., in raadkamer vergaderd;

Recht doende op het bovenstaande verzoekschrift en het daarin aangevoerde middel van cassatie tegen de beschikking door de Arrondissements-Rechtbank te Maastricht op 21 Febr. 1901 gegeven op het hoo-

ger beroep van den verzoeker J. H. B., wonende te New-York, tegen eene beschikking van den Kantonrechter te Maastricht van 5 Febr. 1901, waarbij is afgewezen zijn verzoek tot verzegeling van de gemeenschap tusschen zijn vader en zijne overleden moeder en de nalatenschap van deze laatste, te Rothem-Meersen overleden, zooals in het verzoekschrift nader is omschreven.

Gezien de conclusie van den Proc.-Gen.;

Overwegende, dat de bevestiging dezer afwijzing bij de beklaagde beschikking hoofdzakelijk is gegrond op de overweging, dat het verzoek tot weder verzegeling van gemelden boedel (die op 2 Jan. 1901 verzegeld was en tot welker ontzegeling de Kantonrechter voornoemd op 7 Jan. daaraanvolgende was overgegaan na benoeming van een vertrouwd persoon voor de afwezige erfgenamen om hen te vertegenwoordigen bij de opheffing der zegels en de boedelbeschrijving) — berustende op de bewering van de ondeugdelijkheid der plaats gehad hebbende ontzegeling hierin bestaande, dat bij de voormelde ontzegeling de zegels ineens zijn opgeheven, — ongegrond was, vermits de reden de verzegeling door de tegenwoordigheid van den benoemden vertegenwoordiger van de afwezige erfgenamen, bij de ontzegeling vervallen was; – dat wijders de benoemde vertrouwde persoon na de ontzegeling, bij de inventarisatie tegenwoordig is geweest, en dat, al mocht de ontzegeling niet ineens, maar naar gelang der boedelbeschrijving hebben moeten geschieden, het thans door den verzoeker gedaan verzoek tot weder verzegelen doelloos zou zijn en geene feiten waren gesteld, waaruit zou volgen, dat de belangen van den afwezigen verzoeker bij de ontzegeling en boedelbe-

beschrijving zouden zijn verwaarloosd en hij in zijne rechten zou zijn benadeeld;

Overwegende ten aanzien van het tegen deze beschikking aangevoerde middel, dat werkelijk volgens art. 676 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, gelijk in de onder het verzoekschrift geplaatste conclusie van den Proc.-Gen. is aangevoerd, de reden, waarom de zegels gelegd waren, — dat is, de afwezigheid van sommige erfgenamen, — bij de opheffing nog bestond, en geenszins was vervallen, zooals in de beklaagde beschikking is aangenomen, daar de tegenwoordigheid van den benoemden vertrouwden persoon de noodzakelijkheid tot het opvolgen van het voorschrif van art. 676 niet deed vervallen, maar integendee moest strekken om te waken voor de opvolging van dat voorschrift tot opheffing der zegels naar gelang der boedelbeschrijving volgens de wet regelmatig te doen plaats hebben;

Overwegende, dat, welke gevolgen de niet-naleving van het voorschrift van genoemd art. 676 ook moge kunnen hebben, waar geene feiten gesteld zijn, waaruit eenig nadeel voor den verzoeker daaruit zou zijn ontstaan en bij gebreke van eenige aanwijzing dat eene herhaalde verzegeling na de in tegenwoordigheid van den vertrouwden persoon opgemaakte boedelbeschrijving niet doelloos zou zijn, gelijk door de Rechtbank is beslist, voor eene herhaalde verzegeling geen wettige grond is aangevoerd en dat door de bevestiging der weigering van het daartoe strekkend verzoek de wet niet is geschonden;

Verwerpt het beroep.

§ 94.

MIDDEL VAN CASSATIE. — FEITELIJKE BESLISSING.

Het middel van cassatie mist ten deele zijn feitelijken grondslag en kan ook overigens niet leiden tot cassatie van het bestreden arrest, omdat, al werd de onjuistheid der beslissing, waartegen het overigens gericht is, aangenomen, zij dan toch nog met het oog op 's Hofs feitelijke beslissing zoude moeten worden gehandhaafd.

Conclusie van den Proc.-Gen. Polis:

Het middel waarop deze voorziening steunt, stelt Sch. en verk. toepassing van de artt. 1269, 1349, 1352, 1353, 1354, 1356, 668 en 671 B. W. jis de artt. 1655, 1656 en 1662, omdat bij het beklaagde arrest met bevestiging van het vonnis waarvan hooger beroep aan den thans eischer is ontzegd, zijn in eersten aanleg ingestelde eisch in reconventie, dewijl niet zoude zijn bewezen de grondslag van dien eisch, dat nl. bij den overgang van de vroeger aan W. S. in eigendom toebehoorende fabriekszaak op de thans verweerderesse, op haar ook zoude zijn overgegaan de verplichtingen voortvloeiende uit de in *confesso* zijnde, door dien voorganger in den eigendom dier fabriekszaak met den thans eischer gesloten en nimmer ontbonden overeenkomst, waarbij, zooals feitelijk vaststaat, in hoofdzaak werd bepaald, dat de thans eischer voor W. S. zoude hebben de uitsluitende vertegenwoordiging voor den verkoop van diens fabrikaat op de bij die overeenkomst aangeduide plaatsen tegen genot van de daarbij vastgestelde provisie, ofschoon, gelijk mede feitelijk vaststaat, de thans verweerderesse, die vroeger door W. S. gedreven fabriekszaak heeft overgenomen

en daarvan is geworden eigenaresse en zulks met een beroep op art. 1354 B. W., welk artikel volgens het Hof, zoude bedoelen op de rechtverkrijgenden op eene zaak te doen overgaan alleen die verbintenissen, waardoor het vol genot en de vrije beschikking over de zaak aan zekere beperkingen of voorwaarden onverworpen worden en; welke den nieuwen verkrijger der zaak bekend *zijn* of wel verondersteld mogen worden bij hem bekend te *kunnen* zijn, doch die bedoeling geen steun vindt in het aangehaalde artikel 1354 B. W., hetwelk de door het Hof gemaakte onderscheiding niet kent en eene dergelijke beperkende toepassing uitsluit.

In de eerste plaats beslist het Hof, en dat is feitelijk, dat de voorstelling van den appellant (thans eischer) als zoude de exploitatie van de fabriekszaak van W. S. door de geïntimeerde (thans verweerderes) zijn overgenomen en voortgezet, door den inhoud der akte waarbij de geïntimeerde vennootschap werd opgericht niet wordt gerechtvaardigd; dat wel is waar in art. 4 wordt gelezen dat de medeoprichter en aandeelhouder W. S. als storting op de aandeelen, waarvoor hij deelnam, inbrengt de in dat artikel omschreven zaken, maar uit dit een en ander nog niet volgt, dat de vennootschap met geen ander doel werd opgericht, dan om de zaak van S. over te nemen en enkel de exploitatie van zijn bedrijf voort te zetten. Het is dus onjuist dat feitelijk zou vaststaan, dat de thans verweerderesse de fabriekszaak van S. ter exploitatie heeft overgenomen, en in dien dat niet vaststaat, maar alleen dat de zaken in art. 4 der akte van vennootschap genoemd, nl. het fabrieksgebouw met toebehoorende aanwezige voorraad verduurzaamde levensmiddelen en vorderingen, door S. als storting op zijne aandeelen zijn ingebracht, wat blijft er dan over van de

bewering des eischers, dat met de fabriekszaak de verbintenis van S. tegenover den eischer op de verweerderresse is overgegaan? Wat heeft dan de overgang op de verweerderesse van de onroerende goederen, waren en schuldvorderingen in art. 4 der akte van vennootschap bedoeld te maken met de overeenkomst door S. met den eischer aangegaan omtrent den verkoop van S. 's fabrikaat.

Maar al ware de *fabriekszaak* van S. door de verweerderesse overgenomen *met het doel om ze te exploiteeren*, door de afwijzing van des eischers reconventioneele vordering zou toch art. 1354 B. W. (en alleen op dit artikel komt het hier aan) niet zijn geschonden.

Bij pleidooi is er op gewezen, dat de Adv.-Gen. SMITS in zijne conclusie voorafgegaan aan het arrest van 24 April 1884 (R. Dl.136 § 60) met juistheid heeft opgemerkt, dat de jurisprudentie van dezen raad kan geresumeerd worden met de woorden van deze overweging in het arrest van 26 Nov. 1880: „dat art „1354 B. W., blijkens de algemeenheid der uitdruk„king onder rechtverkrijgenden ook verstaat hen die „dat zijn onder een bijzonderen titel, dat wel niet „elke persoonlijke verbintenis van den voorganger in „den eigendom van eenig stuk goed op den verkrij„ger onder bijzonderen titel overgaat, doch dat dit „moet geacht worden het geval te zijn, waar die met „den eigenaar *als zoodanig* gesloten betreft de zaak „en den eigendom waarin de nieuwe verkrijger is „opgevolgd." „Les conventions qui n' ont ni augmenté, „ni amélioré, ni amoindré, ni consolidé, ni transformé „le droit transmis par l'a uteur ne peuvent pas être „invoqués par l' ayant cause et ne peuvent pas lui „être opposés, fussent elles relatives à l'objet du droit". Dat leert Baudry, zoowel in zijn *Traité de droit civil*

dat de raadsman der verweerderesse citeerde, als in zijn *Précis de droit civil*, Deel 2 pag. 562 nº. 795, en Baudry geeft als voorbeeld het contract van den eigenaar van een wijngaard met den *vigneron qui laboura la vigne*, waardoor wel een zuiver persoonlijk recht geboren is, maar waarop de kooper van den wijngaard zich niet tegen den *vigneron*, noch deze zich tegen den kooper kan beroepen.

De verbintenis van S. jegens den eischer in cassatie betreft niet den omvang der zaak waarin de verweerderes, volgens den eischer, aan S. zou zijn opgevolgd, zij bevat niet eene beperking van S.'s recht van genot en exploitatie van zijne zaak ten voordeele van den eischer in cassatie, zij was niets anders dan de aanstelling van een agent voor den verkoop van S.'s fabrikaat, en de daaruit voortgesproten zuiver persoonlijke verbintenis kan alleen door de overdracht der zaak, of van de tot die zaak behoord hebbende goederen en vorderingen niet op de verweerderesse zijn overgegaan.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

Arrest H. R. van 26 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Proc.-Gen. in zijne conclusie, strekkende tot enz.

Gezien de stukken;

Overwegende, dat als middel van cassatie tegen het tusschen partijen gewezen arrest van het Gerechtshof te s'-Gravenhage van 6 Juni 1900 is voorgesteld:

„Schending en verkeerde toepassing van de artt. 1269, 1349, 1352, 1353, 1354, 1356, 668, 671 van het B. W. in verband met de artt. 1655, 1656 en

1662 van datzelfde Wetboek en art. 15 van het W. v. K;, omdat bij het beklaagde arrest, met bevestiging van het vonnis, waarvan hooger beroep, aan den thans eischer is ontzegd, zijn in eersten aanleg ingestelde eisch in reconventie, dewijl niet zoude zijn bewezen de grondslag van dien eisch, dat namelijk bij den overgang van de vroeger aan W. S., in eigendom toebehoorende fabriekszaak op de thans verweerderesse, op haar ook zouden zijn overgegaan de verplichtingen, voorvloeiende uit de in confesso zijnde, door dien voorganger in den eigedom dier fabriekszaak met den thans eischer gesloten en nimmer ontbonden overeenkomst, waarbij (zooals feitelijk vaststaat) in hoofdzaak werd bepaald, dat de thans eischer voor W. S. zoude hebben de uitsluitende vertegenwoordiging voor den verkoop van diens fabrikaat op de bij die overeenkomst aangeduide plaatsen, tegen genot van de daarbij vastgestelde provisie, ofschoon (gelijk mede feitelijk vaststaat) de thans verweerderesse die vroeger door W. S. gedreven fabriekszaak heeft overgenomen en daarvan is geworden eigenaresse; en zulks met een beroep op art. 1354 van het B. W., welk artikel volgens het Hof zoude bedoelen op de rechtverkrijgenden op eene zaak te doen overgaan alleen die verbintenissen, waardoor het vol genot en de volkomen vrije beschikking over de zaak aan zekere beperkingen of voorwaarden onderworpen worden en welke den nieuwen verkrijger der zaak bekend *zijn*, of wel verondersteld mogen worden bij hem bekend te *kunnen* zijn, doch die bedoeling geen steun vindt in het aangehaalde art. 1354 van het B. W., hetwelk de door het Hof gemaakte onderscheiding niet kent en eene dergelijke beperkende toepassing uitsluit;

O. daaromtrent:

dat het middel in zooverre op een onjuisten feitelijken grondslag berust, dat wel verre dat het beklaagde arrest als feitelijk vaststaande zou aannemen, dat de verweerderesse de vroeger door W. S. gedreven fabriekszaak zou hebben overgenomen, integendeel uitdrukkelijk is beslist, dat de feitelijke voorstelling van den tegenwoordigen eischer, als zoude de exploitatie dier fabriekszaak door de verweerderesse zijn overgenomen en voortgezet, door den inhoud der akte, waarbij de verwerende vennootschap werd opgericht niet wordt gerechtvaardigd;

dat, waar de verweerderesse dus ten aanzien van de fabriekszaak zelve, waarop de gestelde overeenkomst betrekking heeft, niet als rechtverkrijgende van W. S. kan worden aangemerkt, reeds op dien grond nimmer een overgang van zijne verbintenis op de verweerderesse kan worden aangenomen;

dat bij het beklaagde arrest voorts nog wordt overwogen, dat, al ware dit anders, van zulk een overgang krachtens art. 1354 van het B. W. toch geene sprake kan zijn, zoowel omdat het hier niet geldt eene verbintenis van den aard als bij dat artikel bedoeld, als omdat niet is aangetoond, dat de verweerderesse bij de oprichting der vennootschap van het bestaan dier verbintenis kennis gedragen heeft of dragen kon;

dat mede tegen deze beslissing het cassatiemiddel gericht is, doch dat, al werd hare onjuistheid aangenomen, dit nooit tot cassatie van het arrest zou kunnen leiden, omdat 's Hofs uitspraak dan nog met het oog op de aangehaalde feitelijke beslissing gehandhaafd zou moeten worden;

Verwerpt mitsdien het ingesteld beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten.

§ 95.

KOLONIAAL APPEL. — ANALOGISCHE TOEPASSINC VAN ART. 402 B. W. VOOR DE KOLONIE SURINAME IS, IN DIT GEVAL, NIET GEOORLOOFD. — HUWELIJK DER MOEDER. — VOOGDES OVER EEN NATUURLIJK WETTELIJK ERKEND KIND. — EXCEPTIE VAN NON QUALIFICATIE (VERWERPING DER).

Analogische toepassing van art. 402 B. W. voor de kolonie Suriname (art. 405 N. B. W.), alleen geschreven voor het geval, dat de moeder, weduwe en als zoodanig voogdes over hare minderjarige kinderen een tweede of volgend huwelijk wil aangaan, op het geval, dat de moeder, voogdes van een natuurlijk wettelijk erkend kind huwt, is niet geoorloofd.

Terugwijzing der zaak, na verwerping der exceptie van non qualificatie in hooger beroep, om ten principale te worden beslist.

Conclusie van den Adv.-Gen. Noyon:

Deze appellante is door het Hof van Justitie in Suriname niet-ontvankelijk verklaard in de door haar als moeder-voogdes ingestelde vordering, omdat zij bij een tijdens den duur der voogdij aangegaan huwelijk niet in de voogdij is bevestigd en het voorschrift omtrent de bevestiging, ofschoon naar de letter van art. 402 B. W. voor Suriname (405 Ned. B. W.) alleen geschreven voor de weduwe die voogdes zijnde hertrouwt. Toch ook behoort toegepast te worden op de vrouw die vroeger niet gehuwd was en voogdes is over hare natuurlijke wettig erkende kinderen. Deze uitlegging van het betrokken artikel is in strijd met 's Hoogen Raads arrest van 15 Maart 1900 (Rsp. 184 § 39, W. 7408) volgens hetwelk de bepaling van exceptioneelen

aard zijnde geene uitbreiding gedoogt; en van de zijde der geïntimeerden heeft men zich te dezen aanzien dan ook eenvoudig aan de prudentie van den rechter gedragen. Ook ik kan tot staving van een advies tot vernietiging van het vonnis a quo volstaan met een verwijzing naar het genoemde arrest.

De ingestelde vordering strekt daartoe dat de geïntimeerden, executeurs testamentair in den boedel van den Chinees S. A., rekening van hun beheer zullen doen aan de eischeres, appellante, als voogdes over eene minderjarige dochter en uitleveren al de goederen en effecten van den boedel, benevens het slot der rekening; en tegen de medegedaagden is gevorderd dat deze als bewindvoerders over hetgeen aan de twee andere dochters der eischeres is vermaakt de rekening en verantwoording mede zullen opnemen.

In dien zin luidden de oorspronkelijke dagvaarding en conclusie van eisch, en in appel is geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis a quo „hetzij met toewijzing der conclusiën van appelante in eersten aanleg, hetzij met verwijzing van de zaak naar het Hof van Suriname om verder te behandelen". De geïntimeerden verlangen uitdrukkelijk afdoening van de hoofdzaak, zoodat hier wel het geval van art. 28 van het Reglement wegens het hooger beroep van vonnissen in burgerlijke zaken gewezen door het Gerechtshof in Suriname nl. dat beide partijen de afdoening verlangen, aanwezig geacht kan worden al is er van den kant der appellante ook later beweerd, dat de zaak eigenlijk voor afdoening door den H. R. minder geschikt schijnt.

In elk geval zullen de met betrekking tot de hoofdzaak gestelde rechtsquaestiën door den H. R. onder de oogen gezien kunnen worden, daar bij eventueele opvatting naar den zin der geïntimeerden de zaak

zeker zou verkeeren in het tweede bij art. 28 gestelde geval, „dat de zaak tot afdoening in staat geoordeeld wordt''.

In de eerste plaats wordt nu eene exceptie van nietontvankelijkheid opgeworpen, hierop gegrond dat naar art. 405, 2e lid, Sur. B. W. alleen een bewindvoerder voor de betrokkene minderjarige zou kunnen opkomen waar het geldt hetgeen zij uit de nalatenschap zal verkrijgen. De genoemde bepaling zegt dat, zoo aan minderjarige natuurlijke kinderen hetzij bij akte onder de levenden, hetzij bij uiterste wilsbeschikking goederen zijn geschonken of gemaakt, en de schenker of erflater niet in het beheer van die goederen gedurende de minderjarigheid der kinderen heeft voorzien, hetzij door het uitdrukkelijk op te dragen aan de moeder-voogdes, hetzij door benoeming van eenen bewindvoerder, de moeder tot het bewind niet bevoegd is, en door den Kantonrechter een bewindvoerder wordt benoemd.

Feitelijk staat hier vast dat in het bewind niet is voorzien.

Wel was dit het geval met de goederen die bij testament gemaakt zijn aan de destijds reeds geborene kinderen van den erflater, vandaar dat de medegedaagden hier zijn opgeroepen. De pupil van de eischeres was echter tijdens het maken van het testament nog niet geboren. In dat testament staat dat tot erfgenamen worden benoemd des erflaters natuurlijke wettelijke erkende kinderen, geboren uit A. M., met name M. S. A. en J. P. S A., en dat tot bewindvoerders voor hetgeen uit de nalatenschap aan de genoemde minderjarige erfgenamen zal toebehooren, benoemd worden de personen die thans als medegedaagden optreden.

Nu wordt van de zijde der geïntimeerden beweerd, dat art. 405 tweede lid wel spreekt van goederen verkregen uit akte onder de levenden of uiterste wilsbeschikking, maar dat de bepaling moet worden uitgebreid tot hetgeen bij versterf wordt verkregen in casu de legitieme portie waarvoor de door de eischeres vertegenwoordiger minderjarige opkomt, en voorts dat ook de later geborene dochter geacht moet worden door het testament mede als erfgenaam ingesteld te zijn en eigenlijk niet alleen op de legitieme portie aanspraak heeft.

Op de eerste bewering moest het in het straks reeds genoemde arrest gehuldigde beginsel worden toegepast: ook hier geldt het eene uitzondering op den regel dat de moeder-voogdes als zoodanig het goed harer pupillen beheert eene uitsluiting dus die niet mag worden toegepast op gevallen waarvoor zij niet uitdrukkelijk is voorgeschreven.

En onjuist acht ik ook de uitlegging van het testament. Er staat niet, zooals beweerd werd, eene instelling tot erfgenamen van de erkende kinderen in, waarvan er twee met name genoemd worden maar de erfgenamen worden bepaaldelijk aangewezen door het noemen der namen, wat te meer uitkomt bij de instelling van bewindvoerders over hetgeen toekomt aan de genoemde minderjarige erfgenaam." Was het gepleite stelsel juist, dan zou de houding der medegedaagde bewindvoerder eene geheel andere moeten zijn dan de nu aangenomene; zij zelven hadden de belangen der minderjarige voor wie thans de moeder opkomt moeten ter hand nemen, zij waren immers tot bewindvoerders ook over het hare aangesteld.

De vordering berust nu hierop, dat de gedaagden

als excecuteurs testamentair bezit hebben gehad van de nalatenschap, en de bij de wet voor dat bezit gestelde termijn reeds lang verstreken is (art. 1034 Sur. B. W. = 1054 Ned. B. W). Hiertegen wordt te recht aangevoerd, dat de aangehaalde bepaling niet van toepassing is, als alleen bedoelende bij testament veroorloofde inbezitneming, waarover in casu het testament niet' spreekt.

Overigens wordt alle bezit ontkend, en wel op grond van het feit dat de belanghebbenden zijn overeengekomen de afwikkeling der zaken op te dragen aan eenen praktizijn, welke dientengevolge bezitter van de goederen der nalatenschap is geworden.

Die overeenkomst wordt van de andere zijde ontkend, maar niet kan ontkend worden de gezamelijke door de betrokkenen op den bedoelden praktizijn verstrekte lastgeving, die in het geding is gebracht. Nu levert m. i. zoodanige lastgeving, omdat zij niet anders kan zijn dan het uitvloeisel van eene tusschen de lastgeving bestaande overeenkomst tot het verstrekken van den last, het volledig bewijs van die overeenkomst op.

Van minder belang komt mij daarom voor de bewering van de appellante dat de lastgeving vervallen zou zijn door haar opvolgend huwelijk. Aangenomen dat het betrokkene wetsartikel (1833 S. B. W. = 1850 Ned. B. W.) ook van toepassing is indien de vrouw niet in eigene aangelegenheid maar als voogdes in zake het beheer van het vermogen van haar kind eenen last heeft verstrekt; aangenomen dat het ook toepasselijk is op eenen door de vrouw met ander gezamelijk gegevenen last, — een en ander zeer wel voor tegenspraak vatbaar — kan toch het vervallen van de lastgeving niet worden ingeroepen tegenover de excecuteurs, nu

de met hen aangegane overeenkomst niet is vervallen, en zij krachtens deze en ten gevolge van de aanvankelijke uitvoering buiten het bezit en het teitelijk beheer der nalatenschap gebleven zijn.

Evenmin geldt dan hier het beroep op het feit dat de lastgeving later door de appellante zou zijn opgezegd. Uit alles wat te dezen aanzien is beweerd volgt alleen dat de lasthebber tot rekening en verantwoording kan worden geroepen, niet dat er eenige aanspraak van deze strekking tegen de executeurs zou bestaan.

Als laatste punt van verweer is opgeworpen dat de eischeres in elk geval niet het recht had van de gedaagden te vragen wat zij vordert, nl. dat aan haar zullen worden afgegeven met het slot van rekening alle goederen en effecten des boedels. Dit verweer kan m. i. de gedaagden en geintimeerden niet volgen daar het feitelijk onjuist is dat de afgifte van alles aan de eischeres alleen gevorderd wordt. Er wordt alleen gevraagd afgifte, en zulks nadat van de medegedaagden bewindvoerders is gevorderd medewerking tot het opnemen van de rekening en verantwoording, omdat die ook hen aangaat en zij mede aanspraak hebben op uitkeering van saldo en baten. Uit het redeverband van dagvaarding en conclusie ven eisch, zooals die van het standpunt der eischeres beschouwd moeten worden, blijkt dat zij niet anders bedoelt dan afgifte, d. i. afgifte aan de gezamenlijke gerechtigden ieder voor het zijne.

Met de vordering tegen de gedaagden vervalt ook die tegen de medegedaagden. Ik kan mij echter niet vereenigen met het door deze afzonderlijk gevoerde verweer, dat zij niet gehouden zouden zijn mede te doen aan hetgeen zij de onderneming van de eische-

res noemen, gesteld dat die onderneming moest slagen. Had de eischeres geheel zelfstandig voor zich alleen geprocudeerd, voorzeker zou haar de exceptie plurium litis consortium zijn tegengeworpen, en te recht.

Zij diende dus allen die naar hare meening mederechthebbenden waren in het geding te betrekken opdat de van de gedaagden verlangde handelingen kracht zouden hebben. Intusschen is, zooals ik betoogde, de eischeres in hare vordering voor het geheel niet-ontvankelijk.

Ik concludeer derhalve dat, met vernietiging van het vonnis waarvan appel. wordt verworpen de exceptie van niet-ontvankelijkheid gegrond op het feit, dat de eischeres en appellante niet is bevestigd vóór haar huwelijk in de voogdij over hare dochter H. M. S. A., doch de eischeres en appellante niet-ontvankelijk worde verklaard in haren eisch en veroordeeld in de kosten van het geding in beide instantiën gevallen.

Arrest H. R. van 26 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Partijen gehoord;

Gehoord den Adv.-Gen. Noyon, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende enz.;

Gezien de stukken;

Ten aanzien van de feiten en de gedingvoering voorafgegaan aan het op 23 Maart 1900 door het Hof van Justitie in Suriname tusschen partijen gewezen vonnis, overnemende hetgeen in dat vonnis wordt overwogen en voorts:

Overwegende, dat blijkens genoemd vonnis de tegenwoordige appellante, bijgestaan door haren echtgenoot, in hoedanigheid van moeder-voogdes over haar natuurlijk wettelijk erkend kind H. M. S. A., de onder 1° en 2° genoemde gedaagden in hunne hoe-

danigheid van executeuren van het testament van S. A. heeft gedagvaard om rekening en verantwoordig te doen van het beheer en de administratie in deze hoedanigheid gevoerd en tot uitkeering binnen acht dagen nadat het saldo van rekening zal zijn vastgesteld van al de goederen en effecten des boedels, benevens het slot der rekening met de renten hiervan sedertden dag der vaststelling tot aan de geheele voldoening;

dat zij de onder 3o, 4o en 5o genoemde gedaagden in hunne hoedanigheid van bewindvoerders mede in rechten heeft opgeroepen om met haar gezegde rekening en verantwoording op te nemen;

dat gedaagden bij conclusie van antwoord hiertegen voor exceptie hebben aangevoerd, dat de eischeres zich ten onrechte de hoedanigheid toeschrijft van voogdes over haar natuurlijk wettelijk erkend kind H. M. S. A., omdat zij op 13 April 1898 is gehuwd met J. B., zonder vooraf door den Kantonrechter in de voogdij bevestigd te zijn;

dat het Hof, op de in het vonnis ontwikkelde gronden, beslist heeft, dat eischeres, vóór haar huwelijk door den Kantonrechter niet in de voogdij bevestigd, de hoedanigheid van voogdes bij haar huwelijk heeft verloren, exceptie van non-qualificatie gegrond en haar niet-ontvankelijk verklaard heeft in hare vorderingen, met veroordeeling in de kosten van het geding;

dat de eischeres op 2 April 1900 ter griffie van het Hof hooger beroep heeft aangeteekend van gemeld vonnis en op 23 Juni d. a. v. geïntimeerden voor dezen Raad heeft gedagvaard;

dat appelante ten opzichte van de gestelde exceptie van non-qualificatie geconcludeerd heeft, dat deze ongegrond verklaard en verworpen zal worden en

mitsdien het vonnis van 23 Maart 1900 van het Hof van Suriname zal worden vernietigd;

dat geïntimeerden verklaard hebben zich aan 's Hoogen Raads prudentie te gedragen wat betreft de hunnerzijds opgeworpen exceptie;

Overwegende in rechten:

A ten aanzien van de toegewezen exceptie van non-qualificatie:

dat ten processe vaststaat, dat appellante de door haar gevoerde vorderingen ingesteld heeft in de hoedanigheid van moeder-voogdes over haar natuurlijk en wettelijk erkend kind H. M. S. A. en dat zij op 13 April 1898 met haar tegenwoordigen echtgenoot in het huwelijk getreden is zonder vooraf door den Kantonrechter in de voogdij te zijn bevestigd;

dat het Hof het door vele schrijvers voorgestane gevoelen heeft omhelsd dat appellante onder deze omstandigheden de voogdij verloren heeft;

dat echter art. 402 B. W. (voor de kolonie Suriname) geschreven is voor het geval dat de moeder, weduwe en als zoodanig voogdes over hare wettige minderjarige kinderen, een tweede of volgend huwelijk wil aangaan, zooals blijkt uit de duidelijke woorden van het artikel en uit de bepaling, dat vóór de beslissing van den Kantonrechter of de moeder de voogdij zal kunnen behouden, de bloedverwanten of aangehuwden van den minderjarige zullen worden gehoord;

dat aan het niet nakomen van het voorschrift van dit artikel o. m. verbonden is het verlies van rechtswege van de voogdij, zoodat analogische toepassing van die wetsbepaling op het daarmede niet gelijkstaand geval, dat de moeder van een natuurlijk wettelijk erkend kind huwt, niet geoorloofd is;

dat dan ook het vonnis van het Hof van Justitie in Suriname van 23 Maart 1900 zal behooren te worden vernietigd;

B. wat betreft de vordering ten principale:

dat de Hooge Raad niet in staat is deze tot zich te trekken en af te doen;

dat toch, daargelaten of de voorschriften van de artt. 27 en vlg. van het reglement wegens het hooger beroep van den Hoogen Raad van vonnissen in burgerlijke zaken, gewezen door het Gerechtshof in Suriname, vastgesteld bij K. B. van 11 Jan. 1840 (Stbl. No. 1), vrijheid aan den Hoogen Raad zouden geven om, waar, zooals hier het geval is, een vonnis waarbij een peremtoire exceptie ten onrechte toegewezen werd, vernietigd wordt, op de hoofdzaak recht te doen, de houding van partijen zoodanige afdoening der zaak, die verval van eene instantie zou ten gevolge hebben, in den weg staat; dat appellante bij dagvaarding in hooger beroep wel geconcludeerd heeft, dat de Hooge Raad hare vordering ter eerste instantie gedaan en genomen zal toewijzen, maar dat zij bij nadere conclusie of toewijzing van de conclusiën in eersten aanleg genomen of verwijzing van de zaak naar het Hof van Suriname gevraagd heeft, en bij conclusie van 30 Nov. 1900 heeft voorgedragen, dat zij zich niet anders heeft voorgesteld dan dat de Hooge Raad met tenietdoening van het vonnis van het Hof van Suriname, voor zoover daarbij gegrond is verklaard de voorgestelde exceptie van non-qualificatie, de zaak zou terugwijzen naar het Hof van Suriname om op de de hoofdzaak te beslissen;

dat geïntimeerden geconcludeerd hebben tot afwijzing immers niet-ontvankelijk verklaring van den eisch, maar dat zij dit gedaan hebben onder beneficie van

een gedaan aanbod van bewijs; dat de zaak dan ook bezwaarlijk geacht kan worden reeds thans voor afdoening vatbaar te zijn nu de vordering van appellante o. m., door geïntimeerden is weersproken met beroep op eene door appellante ontkende overeenkomst tusschen de voornaamste crediteuren en de executeurs en bewindvoerders en appellante aangegaan, om aan den practizijn Mr. H. B. te Paramaribo op te dragen alle zaken tot de nalatenschap van S. A. behoorende te liquideeren; van welke overeenkomst geïntimeerden bewijs ook door getuigen hebben aangeboden;

O., dat onder deze omstandigheden de Hooge Raad termen vindt om de zaak terug te wijzen naar het Hof van Justitie in Suriname;

Recht doende in hooger beroep;

Vernietigt het vonnis door het Hof van Justitie in Suriname op 23 Maart 1900 tusschen partijen gewezen;

Verwerpt de voorgestelde exceptie;

Wijst de zaak naar gezegd Hof terug om op de hoofdzaak verder te worden beslist;

Gezien art. 56 W. v. B. R.,

Veroordeelt de geintimeerden in de kosten op de exceptie gevallen.

§ 96.

AANVULLING DER QUALIFICATIE.

Het eerste middel mist zijn feitelijken grondslag. Aanvulling der qualificatie, door het bestreden arrest

aan het daarbij bewezen verklaarde feit gegeven, overeenkomstig art. 311, 1° *Strafrecht.*

Conclusie van den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ:

Blijkens hetgeen voorkomt in de vijfde overweging van het voor dit deel door het Gerechtshof te 's-Gravenhage bevestigde vonnis der Rechtbank te Rotterdam dd. 17 Nov. 1900 hebben de getuigen J. B., C. v. L. en J. M., ieder voor zich verklaard, hoe zij in den avond van 29 Aug. 1900 zich hebben bevonden op en nabij de aanlegplaats der booten van F. S. aan het Kralingsche veer en aan den overweg van de Hollandsche IJzeren Spoorweg Maatschappij aan de Honingerdijk te Rotterdam, hoe zij daar den tijd hebben doorgebracht en dat zij zeker *weten*, dat aldáár op dien tijd noch een man is geweest met een geit, noch beklaagde.

Pleiter voor den requirant ziet in deze verklaringen meeningen of gissingen bij redeneering opgemaakt, waarop geen recht had mogen gedaan worden en stelt daarom als eerste middel van cassatie voor schending van de artt. 391, 393, 398, 211, 221, 223 jct[is] 246 en 247 Wetboek van Strafv.

Ik acht het middel ongegrond.

Dat iemand op eene bepaalde plaats niet aanwezig is, is een feit, dat men met de zintuigen kan waarnemen en waaromtrent den getuige dus uit eigen wetenschap kan verklaren. Loopt deze verklaring over een lang tijdvak, den ontstaat zeker voor den rechter de vraag, of het aannemelijk is, dat de getuige al dien tijd zijn aandacht zóó onafgebroken aan zijne omgeving heeft kunnen schenken, dat de aanwezigheid van een bepaald persoon, zijn aandacht niet is kunnen ontgaan, d. i. echter eene vraag, die betrek-

king heeft tot de waarde van het getuigenis, waarvan de waardeering geheel aan het oordeel van de judex facti is overgelaten.

Doch al ware het anders en al moest aangenomen worden, dat de genoemde getuigen in casu iets verklaard hadden, dat zij niet aan eigen wetenschap ontleenden, dan zelfs nog zou het middel niet tot cassatie van het aangevallen arrest kunnen leiden, omdat de schuldigverklaring van den beklaagde niet op de gewraakte getuigenissen is gebouwd.

In het bij het arrest voor dit deel bevestigde vonni worden in de vierde overweging de bewijsmiddelen genoemd, waarop de rechter in casu de schuld van beklaagde bouwt en daaronder komen de gewraakte getuigenissen *niet* voor.

Deze worden eerst in de vijfde overweging genoemd, waarbij de rechter met groote nauwgezetheid rekenschap geeft van de redenen, waarom hij de door den beklaagde gegeven voorstelling van de toedracht der zaak onaannemelijk acht.

Tot het bewijs voor het feit, waaraan de beklaagde schuldig is verklaard, hebben de bedoelde getuigenissen echter niet medegewerkt.

Het tweede door den pleiter voorgestelde middel luidt: Schending of verkeerde toepassing van de artt. 311, 1° en 421 Wetb. van Strafr. jcto de artt. 246 en 247 Wetb. van Strafv., doordat de door het Hof aan de bewezen feiten gegeven qualificatie niet juist is.

Dit middel is mij niet duidelijk.

Ik kan althans geen verschil vinden tusschen de woorden waarin het Hof de verzwarende omstandigheid qualificeerd en die welke artikel 421 Strafr. bezigt.

Wel spreekt het Hof in de vijfde overweging van diefstal zonder toevoeging der woorden, „van *vee uit*

de weide" waar het van het hoofdfeit gewaagd, doch daar én uit het dictum én uit de geheele bouw van het arrest duidelijk blijkt, dat het Hof alleen verandering wilde brengen in de omschrijving der verzwarende omstandigheid, doch de qualificatie van het hoofdfeit ongerept wilde laten, kan ik in het niet voorkomen der woorden „van vee uit de weide" in de vijfde overweging geen grond vinden tot cassatie.

Beide middelen ongegrond achtend, heb ik mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping dezer voorziening.

Arrest H. R. van 29 April 1901:

De H. R. der Ned.,

Op het beroep van D. A. d. H., oud 33 jaren, vleeschhouwer en veehandelaar, geboren te Schiedam, wonende te Rotterdam, requirant van cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van den 31 n Januari 1901, waarbij op het door den requirant en den Officier van Justitie bij de Arr. Rechtbank te Rotterdam ingesteld hooger beroep, is bevestigd het vonnis van voormelde Rechtbank van den 17en November 1900, voor zoover requirant daarbij, met toepassing van de artikelen 310, 311 en 421 van het W. v. Sr., en van de artt. 214 en 219 van het W. v. Sv., werd schuldig verklaard aan diefstal van vee uit de weide bij herhaling gepleegd, en werd veroordeeld in eene gevangenisstraf van vijf jaren, doch waarbij dit vonnis gedeeltelijk werd vernietigd en het als bewezen aangenomen feit werd gequalificeerd als diefstal, terwijl tijdens het plegen van het misdrijf nog geen vijf jaren zijn verloopen sedert de schuldige eene tegen hem wegens diefstal uitgesproken straf geheel heeft ondergaan;

Gehoord het verslag van den Raadsheer Jhr. VAN TEIJLINGEN;

Gelet op de middelen van cassatie, namens den requirant voorgesteld bij pleidooi:

1°. Schending of verkeerde toepassing van de artt. 391, 393, 398, 211, 221, 223, in verband met de artt. 246 en 247 van het W. v. Sv., doordat, het Gerechtshof te 's Gravenhage heeft bevestigd het vonnis van de Arr. Rechtb. te Rotterdam, den 17en November 1900 tegen requirant gewezen, voor zoover daarbij is recht gedaan, wat betreft de schuld van requirant aan het hem ten laste gelegde op de verklaringen van de getuigen van J. B., C. v. L. en J. M., welke verklaringen niet betreffen een feit of feiten, door getuigen zelf gezien, gehoord of ondervonden, doch eene meening of gissing bij redeneering opgemaakt;

2°. Schending of verkeerde toepassing van de artt. 311, 1° en 421 van het W. v. Sr. in verband met de artt. 246 en 247 van het W. v. Sv., doordat het Gerechtshof te 's Gravenhage de bewezen verklaarde verzwarende omstandigheid van herhaling qualificeert als: diefstal, terwijl tijdens het plegen van het misdrijf nog geen vijf jaren zijn verloopen sedert de schuldige eene tegen hem wegens *diefstal* uitgesproken *straf* geheel heeft ondergaan;

Gehoord den Adv.-Gen. Jhr. RETHAAN MACARÉ, namens den Proc.-Gen., in zijne conclusie, strekkende tot enz.;

Overwegende, dat requirant heeft terechtgestaan als zoude hij in den avond van 29 Aug. 1900 te Rotterdam uit eene weide aan den 's Gravenweg hebben weggenomen met het oogmerk om zich wederrechtelijk toe te eigenen eene zwartbonte geit, toebehoorende aan J. v. d. G., althans aan een ander dan

hem, beklaagde, zulks na binnen vijf jaren daaraan voorafgegaan, eene gevangenisstraf van vier jaar, hem opgelegd wegens diefstal van vee uit de weide bij herhaling, geheel te hebben ondergaan, en ter zake van welk wettig en overtuigend bewezen feit requirant is veroordeeld en hem straf is opgelegd, zooals aan het hoofd van dit arrest is vermeld;

O. ten aanzien van het *eerste* middel:

dat, nadat in de tweede en de derde overweging van het in zóó verre bevestigde vonnis waren opgenomen de opgaven van den requirant en de verklaringen van een viertal onder eede gehoorde getuigen, in de vierde overweging wordt overwogen: „dat door de in onderling verband en samenhang „beschouwde aanwijzingen, voortvloeiende uit en over- „eenkomende met zoowel de opgaven van beklaagde „in de tweede overweging van dit vonnis opgenomen, „als de verklaringen der getuigen in de derde over- „weging gerelateerd, het feit den beklaagde bij dag- „vaarding ten laste gelegd" wettig en overtuigend is bewezen;

dat voorts in de vijfde overweging is vermeld wat de requirant te zijner verdediging heeft aangevoerd, welke beweringen, op geenerlei wijze aannemelijk gemaakt, verklaard worden te zijn wederlegd door hetgeen de ter terechtzitting gehoorde, in het middel genoemde, getuigen hebben medegedeeld, waarna in de zevende overweging wordt overwogen, dat het als bewezen aangenomen feit, de schuldplichtigheid van den beklaagde daaraan met zich brengend, moet gequalificeerd worden zooals verder in het vonnis is vermeld;

dat het bewijs voor het bij de dagvaarding ten laste gelegde en voor de schuld van den requirant daaraan mitsdien is geput uit de in de tweede en in de derde

overweging opgenoemde opgaven en verklaringen, en niet uit hetgeen in de vijfde overweging ter wederlegging van requirants gevoerde verdediging is overwogen, weshalve het eerste middel zijnen feitelijken grondslag mist;

O. ten aanzien van het *tweede* middel:

dat in de vijfde overweging van het bestreden arrest wordt overwogen, „dat de qualificatie van de ver„zwarende omstandigheid" (zooals die in het in eersten aanleg gewezen vonnis was omschreven) „niet voldoet „aan het voorschrift der wet en het *als bewezen aange„nomen feit* behoort te worden gequalificeerd: dief„stal, terwijl tijdens het plegen van het misdrijf nog „geen vijf jaren zijn verloopen sedert de schuldige „eene tegen hem wegens diefstal uitgesproken straf „geheel heeft ondergaan";

O., dat het den requirant ten laste gelegde, wettig en overtuigend bewezen verklaarde, feit de bestanddeelen bevat van het in art. 311 onder 1° van het W. v. Sr. omschreven misdrijf van diefstal van vee uit de weide;

dat voormeld arrest, het feit *in zijn geheel* qualificeerende, in de qualificatie heeft verzuimd de woorden op te nemen „van vee uit de weide";

dat hierdoor is geschonden art. 311 onder 1o voormeld;

Gezien dit artikel;

Vernietigt het arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage van den 31sten Januari 1901, doch alleen voor zoover de aan het bewezen verklaarde feit gegeven qualificatie betreft;

Recht doende krachtens art. 105 der Wet op de R. O.:

Qualificeert het bewezen verklaarde feit als: diefstal van vee uit de weide, terwijl tijdens het plegen

van het misdrijf nog geen vijf jaren zijn verloopen sedert de schuldige eene tegen hem wegens diefstal uitgesproken gevangenisstraf geheel heeft ondergaan;

Verwerpt het beroep.







